3 1761 06766337 7

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Ottawa

http://www.archive.org/details/delajustificatio00mori

I

57

A MON PÈRE

Mayda Iran
April 1932

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

DE LA

JUSTIFICATION DU DÉLIT

PAR

L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

Ἀνάγκῃ οὐδὲ Θεοὶ μάχονται.
SIMONIDE.

THÈSE DE DOCTORAT
PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
PAR

Paul MORIAUD
LICENCIÉ ÈS LETTRES, LICENCIÉ EN DROIT
avocat

GENÈVE
R. BURKHARDT
2, Place du Molard

PARIS
L. LAROSE & FORCEL
Rue Soufflot, 22

1889

GENÈVE. — IMPRIMERIE M. RICHTER, RUE DES VOIRONS, 10

K
M8544D4

AVANT-PROPOS

« Mépriser la théorie — a dit Rossi —, c'est avoir la prétention excessivement orgueilleuse d'agir sans savoir ce qu'on fait et de parler sans savoir ce qu'on dit. » Ces paroles de l'illustre professeur suffiraient à nous justifier, s'il en était besoin, d'avoir consacré tant de pages à l'étude d'un groupe seulement de cas de non-culpabilité, ceux qu'on appelle cas de « nécessité » ou improprement de « contrainte morale » ; on pourrait penser que si la nouveauté et l'intérêt passionnant du sujet sont dignes d'attirer les esprits curieux, les cas de nécessité sont trop rares pour mériter les honneurs d'une longue monographie. Mais, fussent-ils rares — nous montrerons qu'ils ne le sont pas —, cela n'aurait que peu d'importance scientifique. Ce n'est pas à la fréquence d'une maladie que la science médicale mesure l'attention qu'elle lui accorde, c'est aux difficultés que présente sa guérison ; et les maux les plus rares sont souvent les plus difficiles à guérir. La science juridique ne peut se comporter autrement vis-à-vis des questions que soulève l'état de nécessité, car elles sont difficiles : les controverses aiguës de la doctrine en témoignent. C'est un terrain où l'on vague à l'aventure, les uns de ci, les autres de là ; au point que suivant le livre ouvert on croirait qu'il s'agit de choses différentes. Mêmes incertitudes et plus grande insuffisance encore dans les législations ; la jurisprudence s'en ressent : elle est injuste.

D'où vient le mal ?

Jadis, le droit de l'Église absolvait le vol d'aliments commis par un affamé — c'est un cas de nécessité —; nos lois le condamnent et Victor Hugo nous indigne contre elles par son histoire de Jean Valjean, envoyé au bagne pour avoir volé un pain qui devait nourrir sept enfants. Nous vantons pourtant l'humanité de nos lois, en regard de la barbarie du moyen âge; et d'accord sur ceci, que la société a le devoir de ne pas laisser l'indigent mourir de faim, nous n'aurions qu'un pas à faire pour reconnaître à celui qu'elle ne secourt pas le droit de s'emparer d'aliments dont la privation causerait sa mort. Ce pas, nous ne le franchissons point ; l'Église l'avait franchi. Pourquoi ?

C'est qu'au moyen âge, les disettes étant fréquentes, le vol par nécessité l'était aussi ; on comprenait qu'ajoutée aux souffrances de l'affamé, la peine ne pouvait être qu'une inutile cruauté ; sauvant de nombreuses vies, ce vol était alors un bienfait social, de sorte que, malgré la rigidité de leur morale, les canonistes ont pu le considérer comme l'exercice d'un droit. De nos jours, il est rare et, pris individuellement, la plupart des actes que nous appelons « nécessaires » le sont également. Aussi ne songe-t-on pas à la signification que prendrait le moindre d'entre eux, si l'occasion en était fréquemment donnée ; et, surtout, on commet la faute de s'attaquer tout droit à l'appréciation des plus discutables, au lieu de les éclairer d'abord à la lumière de faits plus simples, qu'aucun juriste n'ignore et dont il ne peut méconnaître le caractère de justice. Ici donc, où les faits sont trop peu communs pour se présenter d'eux-mêmes à l'esprit du vulgaire, le besoin d'une théorie qui les recherche et les systématise se fait plus vivement sentir que partout ailleurs. De cette systématisation sortira de lui-même un principe inconsciemment appliqué dans tous les domaines du droit, et dont l'application aux cas de nécessité s'impose.

* * *

L'intérêt scientifique de ce travail ne saurait donc être contesté. Mais nous avons entendu mettre en doute son utilité pratique : « A quoi bon disserter sur des questions de culpabilité pénale ? — nous a-t-on dit. En fait, le jury seul les tranche, avec les armes du simple bon sens ; il n'a cure des discussions des savants. » Nos interlocuteurs s'exagéraient étrangement le rôle du jury. Ils oubliaient que ce n'est pas lui qui décide de la mise en accusation, douteuse quand il s'agit de cas d'impunité ; que le juge est partout au tribunal de police, où les jurés ne siégeront jamais, et presque partout à la cour correctionnelle, où quelques cantons suisses ont seuls introduit le jury. Ils oubliaient que si, trop souvent hélas ! il absout contre la volonté de la loi, dont il affaiblit ainsi l'autorité, le jury ne condamne pas malgré la loi : il suffit qu'elle consacre expressément l'impunité de l'acte nécessaire, pour que les jurés soient contraints par la position d'une question spéciale à constater la présence de la nécessité, verdict dont le juge tirera les conséquences légales. Disons enfin que si les décisions du jury sont l'expression du sens commun, le sens commun n'est point sourd à la voix de la science, dont il tend toujours plus à se faire l'écho ; c'est ainsi seulement qu'il devient le « bon sens ». La science d'aujourd'hui est la chose de tous ; elle n'a plus de prêtres, ni de rites secrets.

Nous n'avons pas foi du reste en l'éternité, ni même en la longévité de l'institution du jury. Elle jouit de plus en plus de la défaveur publique, défaveur qui n'est même pas à la hauteur de ses démérites. Il faut, tant qu'elle vivra, renoncer à satisfaire jamais aux exigences d'une bonne justice pénale, la certitude de la répression et la mesure dans l'application des peines. Le jury fait de la justice de sentiment, et la justice de sentiment n'est pas une justice, surtout quand il s'agit, comme dans le procès criminel, des intérêts vitaux de la société et des biens les plus précieux de l'individu. Il est vrai que le jury, cet irresponsable, caméléon rouge aujourd'hui, rose demain, souverain qui pro-

nonce sans appel et dont les erreurs sont irréparables, qui n'est pas même astreint à l'obligation d'expliquer pourquoi il dit oui et pourquoi il dit non, il est vrai que ce juge d'une nature toute spéciale présente un précieux avantage — ce sont ses défenseurs qui le disent — : la loi l'autorise à se mettre au-dessus d'elle. Mais faire fi de la loi a-t-il jamais été un bien? C'est tout au plus le moindre de deux maux, si la loi corrigée est mauvaise. On nous répondra que nos lois pénales sont très mauvaises. C'est vrai : d'une part, elles limitent trop le pouvoir du juge — d'où bien des coups de force du jury — ; d'autre part, dans les limites mêmes qu'elles lui assignent, elles le laissent errer à l'aventure, sans lui donner, comme boussole, aucun principe directeur. Mais qu'en faut-il conclure, sinon qu'elles doivent être perfectionnées? Que chacun de nous apporte donc sa pierre à l'édification de lois meilleures; alors le jury aura perdu sa dernière raison d'être.

Nous apportons ici la nôtre : en écrivant cette étude, nous n'avons pas seulement voulu faire œuvre scientifique, nous nous sommes aussi proposé pour but d'acheminer à l'amélioration de nos lois, sur un des points où elles laissent le plus à désirer.

Genève, avril 1889.

INTRODUCTION

—

Sommaire: Les exceptions à la loi pénale. — Notion de l'état de nécessité. — Le caractère propre de l'acte de légitime défense. — Source commune et distinction de la légitime défense et de l'état de nécessité. — Le terme d'« état de nécessité »; la nécessité dans la vie de tous les jours.

I

1. Un homme tue. La loi pénale interdit de tuer et frappe l'homicide de peines redoutables. Cet homme a donc commis un crime et doit être puni ?

Oui, et non ! peut-être !

Bourreau, je tue : je remplis un devoir. Injustement attaqué, je tue : j'exerce un droit, le droit de légitime défense. Et tuer peut n'être encore ni un devoir ni un droit, et n'entraîner pourtant aucune peine : les fous demeurent impunis.

Les ordres et défenses de la loi pénale ne prétendent point à une valeur absolue. Fût-elle même silencieuse, il ne saurait être question de l'appliquer aux cas d'ordre légal ou d'exercice d'un droit spécial : droit de légitime défense, de garde, de correction, droits résultant de la fonction publique ou de la profession. Le bourreau tue, le geôlier séquestre, le garde-chasse s'empare de l'arme du braconnier, l'inspecteur des marchés détruit les fruits mal mûrs, le propriétaire importuné met violemment l'intrus à la porte, la femme enlevée s'échappe en blessant son ravisseur, le père enferme et châtie l'enfant récalcitrant, le chirurgien coupe le membre menacé de gangrène, le citoyen témoin d'un crime en arrête l'auteur, en usant s'il le

faut de violence. Ces actes n'offrent-ils pas les caractères extérieurs de crimes ou de délits? Sans doute! mais la présence de ce que les criminalistes appellent un « fait justificatif » vient modifier leur nature et les rendre justes, de criminels qu'ils seraient autrement. Puis les commandements de la loi peuvent rester debout sans que leur transgression soit frappée d'une peine: le fou, l'enfant, la victime d'une force majeure ou d'une erreur inévitable demeurent impunis, bien que leurs actes restent injustes.

Les prescriptions de la loi pénale n'ont donc qu'une valeur relative. Et la loi le reconnaît elle-même: elle mentionne quelques motifs d'impunité, sans les indiquer tous.

2. Un homme tue pour sauver sa propre vie. Il ne jouit d'aucun droit spécial qui autorise ce meurtre; il est sain d'esprit; il sait ce qu'il fait. C'est, pour nous servir de l'exemple traditionnel — nous le tenons de Cicéron, qui l'emprunte lui-même au grec Carnéade —, un naufragé sur le point de se noyer qui contraint un compagnon d'infortune, premier occupant de l'unique planche de salut, à lâcher prise, la planche ne pouvant les porter tous les deux, et, prenant sa place le livre en proie certaine aux flots. Celui qu'il tue, on le voit, n'est point cause du danger qu'il court; c'est un innocent, dont il n'est pas attaqué, mais qu'il attaque lui-même.

Ce cas est-il de ceux auxquels la loi doit accorder le privilège de l'impunité? C'est l'avis de la presque-unanimité des criminalistes et des législateurs. Mais l'opinion contraire, qui a été très vivement soutenue, est celle de tous les non-juristes — ce sera donc celle des jurés — dont on n'attire pas l'attention sur ce que ce prétendu crime présente d'anormal. C'est la solution de cette question que nous nous proposons pour but. Nous nous efforcerons d'établir par des arguments solides que l'acte dont nous venons de donner un exemple doit rester impuni — il

règne sur les motifs de cette impunité la plus grande divergence de vues — ; nous en rechercherons la nature juridique, objet elle aussi de vives controverses, afin de déterminer les droits des tiers vis-à-vis de son auteur — en ce qui concerne la légitime défense et la réparation du préjudice — ; nous préciserons ensuite les conditions de son impunité; nous examinerons enfin de quelle manière la loi doit formuler notre solution.

On pourrait traiter la question d'oiseuse si l'homicide commis sur un innocent dans le but d'échapper à la mort était un cas unique en son genre; mais il en est dans la vie sociale d'innombrables dont la solution implique la sienne et en est impliquée. Il nous suffit pour les déterminer — et ce doit être notre premier soin si nous voulons que le lecteur se fasse une idée claire de notre sujet d'étude — de déterminer le caractère essentiel du cas-type. Tous ceux dans lesquels nous le retrouverons doivent naturellement être soumis aux mêmes principes.

II

3. A quoi ce curieux cas d'homicide doit-il sa physionomie particulière? Pour ne point discuter dans le vide, citons-en quelques exemples moins scolastiques que l'exemple classique, rappelons des faits ayant donné lieu à des procès criminels.

Un des plus récents est celui de la « Mignonnette », qui fit sensation et dont le souvenir est peut-être encore vivant dans la mémoire de nos lecteurs. Voici l'histoire de la « Mignonnette » :

C'était dans l'été de 1884. Le yacht la « Mignonnette » avait quitté Southampton le quatorze mai, se rendant en Australie, où il était loué pour une assez longue tournée ; l'équipage se composait de quatre hommes : Dudley capitaine, Stephens pilote, Brooks matelot et le mousse Parker, âgé de dix-sept à dix-huit ans. Le cinq juillet, à 1600 milles environ du cap de Bonne-Espérance, une violente tempête les surprit ; à peine avaient-ils

eu le temps de sauter dans une chaloupe que le bâtiment, désemparé, s'abîmait. Les quatre hommes se trouvaient seuls en pleine mer, à plusieurs centaines de lieues de la côte, dans une petite embarcation, sans eau à boire et sans autre nourriture que quelques boîtes de conserves, que le capitaine avait réussi à sauver au péril de sa vie. Ces boîtes contenaient deux livres... de navets! Le quatrième jour, ils trouvèrent un pigeon. Des navets et du pigeon, ils surent vivre douze jours; les deux jours suivants, ils purent tromper leur soif à l'aide de quelques gouttes d'eau de pluie recueillies dans leurs vêtements. Puis, plus rien! Le dix-huitième jour, leurs souffrances devenant plus atroces, les trois hommes délibérèrent sur le parti à prendre s'il ne survenait aucun secours, et parlèrent de sacrifier l'un d'eux pour prolonger la vie des autres; le mousse Parker, malade pour avoir bu de l'eau de mer, gisait inerte au fond du canot et ne prit point part à la délibération. Le dix-neuvième jour, le capitaine Dudley proposa de tirer la victime au sort, mais Brookes s'y opposa, déclarant que, de même qu'il ne tenait pas à être tué, il ne voudrait pas qu'un autre le fût; Dudley et Stephens firent alors observer que comme ils avaient femme et enfants il était préférable de sacrifier le jeune garçon, et Dudley décida qu'on procéderait le lendemain à son exécution, si aucun vaisseau n'était en vue; le mousse, presque sans connaissance, n'avait rien entendu. Et le lendemain matin, aucun vaisseau n'étant en vue, le capitaine fit comprendre par signes aux deux hommes que le moment était venu; Brookes seul fit un geste de désapprobation, Stephens fit signe qu'il approuvait, mais n'avait pas le courage d'exécuter le meurtre. Dudley alors s'approcha du jeune garçon qui gisait presque inanimé, dans un état d'extrême affaiblissement, et, après l'avoir préparé par quelques mots au sort qui l'attendait et imploré pour lui-même le pardon de Dieu, il lui plongea son couteau dans la gorge. Et les trois hommes, se précipitant sur le cadavre, burent avide-

ment le sang chaud qui s'échappait de ses blessures; Brookes lui-même, s'il n'avait point pris part au crime, prit du moins part au festin. Ce n'est que le vingt-quatrième jour — ils se nourrirent jusque-là de la chair du mousse—, qu'un navire allemand les recueillit dans un état de grand épuisement ; débarqués à Falmouth, ils y furent soumis à un premier interrogatoire. Le jury anglais, qui se contenta d'établir dans un « special verdict » l'état des faits, laissant à la cour du banc de la reine le soin de trancher la question de droit — elle condamna les accusés à mort, peine que la reine commua en celle de six mois de prison —, le jury, disons-nous, ajouta à son exposé des faits que le mousse Parker était trop faible pour tenter de résister, qu'il n'avait du reste pas consenti à être tué, que selon toute probabilité les trois hommes n'auraient pas vécu jusqu'au jour du sauvetage s'ils ne s'étaient nourris de sa chair, et que lui-même serait mort avant eux ; qu'au moment de l'acte, enfin, aucune voile n'était en vue, ni aucun moyen de sauvetage à la disposition des accusés.

Que de repas humains semblables, au milieu des déserts d'eau, de sable ou de glace, ont dû rester ignorés ! C'aurait sans doute été le cas de celui dont nous venons de raconter l'histoire, si les trois marins anglais n'avaient négligé de jeter à la mer les restes de leur victime, à l'approche du vaisseau sauveur. Dans le même été déjà, le bruit avait couru que les participants à l'expédition Greesley, dont le retour des régions polaires avait été magnifiquement fêté en Amérique, s'étaient nourris du corps d'un matelot allemand, après l'avoir fusillé pour vol de vivres. On sait qu'eux aussi, les survivants du radeau de la Méduse, en 1816, avaient eu recours à ce moyen de salut. Ils firent plus encore ! C'était le septième jour depuis le départ du radeau. « Nous n'étions plus que vingt-huit — raconte un d'entre eux [1] — ;

[1] Corréard, dans le « Journal des Débats » ; récit reproduit dans l' « His-

sur ce nombre, quinze seulement paraissaient pouvoir exister encore quelques jours ; tous les autres, couverts de larges blessures, avaient entièrement perdu la raison ; cependant ils avaient part aux distributions et pouvaient, avant leur mort, consommer quarante bouteilles de vin—(les naufragés n'avaient pas d'autres vivres) —: ces quarante bouteilles de vin étaient pour nous d'un prix inestimable. On tint conseil : mettre les malades à demi-ration, c'était avancer leur mort ; les laisser sans vivres, c'était la leur donner tout de suite. Après une longue délibération, on décida qu'on les jetterait à la mer ; le moyen, quelque affreux qu'il nous parût à nous-mêmes, procurait aux vivants six jours de vivre. » Ainsi fut fait. « Le sacrifice sauva les quinze qui restaient. » On ne songea pas même à les mettre en jugement, tant leurs souffrances inspirèrent de pitié [1].

L'an dernier encore, s'est présenté un cas semblable d'homicide suivi d'anthropophagie ; il a eu pour théâtre le territoire de Touroukhansk, dans la Sibérie orientale. Trois frères, Procope, Nikita et David Kalinine et leur sœur Marie, âgée de onze ans, avaient installé leur campement au bord d'un cours d'eau et se nourrissaient des fruits de leur pêche. C'était leur unique ressource ; elle devint plus rare, puis finit par s'épuiser complètement. David partit pour aller chercher sa nourriture dans quelque autre campement. Procope alors, désespéré, rendu féroce par l'inanition, égorgea sa sœur et se nourrit pendant

toire des naufrages », Paris, 1836, t. III, ch. IV. Des récits analogues se rencontrent à chaque pas dans cet ouvrage. Mais il est rare que les naufragés en soient réduits à s'entre-tuer, comme ceux de la Mignonnette ; dès les tout premiers jours, ordinairement, la faim fait quelque victime, dont ses compagnons après quelques scrupules finissent par se repaître — et le fait ne tombe pas sous le coup de la loi pénale.

[1] Mais, en France, la gaîté ne perd jamais ses droits : Voir « Timoléon Polac », l'amusant récit d'Eugène Chavette. — On connaît aussi la chanson du » Petit Navire ».

quelque temps de son cadavre, ainsi que son frère Nikita. Le tribunal de Jenisseisk libéra Nikita, qui n'avait point pris part au meurtre, mais condamna Procope à treize ans et demi de travaux forcés, jugement qui nous semble d'une sévérité exagérée, et qu'eût rendu impossible le projet de code pénal russe de 1882, destiné à remplacer le code de 1866 [1].

4. Nous pouvons maintenant, à la lumière de ces faits, rechercher le caractère essentiel des actes dont s'agit. Réside-t-il, comme on l'a prétendu, dans l'état d'esprit de l'agent? Non !

[1] Au nombre des cas survenus dans les siècles précédents, citons-en deux des plus remarquables : celui que rapporte Tulp, dans ses « Observationes medicae » (1641 ; ed. nova. Amstelaed. 1685. l. I. c. 43 : Inedia undecim dierum). Vers 1640, sept marins anglais de l'île Saint-Christophe, qui s'étaient mis en route pour la nuit seulement, furent surpris par la tempête et errèrent dix-sept jours sur l'océan Indien avant de pouvoir regagner la terre. L'un d'eux proposa de tirer au sort celui qui serait mangé : ce fut sur lui que le sort tomba. Les six autres l'égorgèrent et se nourrirent de son corps. Ils furent absous par le juge — anglais ou français, on ne sait, l'île étant alors possession commune de l'Angleterre et de la France —, « diluente crimen inevitabili necessitate ». Le consentement de la victime, dans le droit d'alors comme d'après les codes modernes, ne modifie d'ailleurs nullement le caractère criminel de l'homicide. — Mais le cas le plus horrible est celui que nous rapportent les « Responsa » de Carpsov : « Responsum Scabinatus Electoralis Mens. Septemb. 1693.... Verb. Sent. Saxon : hat sich kurz nach abgewichenen Pfingsten begeben und zugetragen, dass A. H. sein Eheweib M. von 70 Jahren und mit welcher Er 32 Jahr im Ehestande gelebet, fürsätzlicher ermordet, und umgebracht, indem Er sie mit dem Messer in die Kehle gestochen, darauf, als sie verschieden, ihr mit einer kleiner alten Parthen die Beine, Arme und Kopf abgehauen und ohngefehr 4 Pfund Fleisch, wo es am besten gewesen, abgeschnitten, gekochet, und 2 Tage daran gegessen, die andern Stücke aber, in einer dunckeln Kammer im Hause verscharret und begraben, etc. So erscheint daraus so viel, dass Inquisit, mit der ordentlichen Straffe zu verschonen, er wird aber gleichwol etc., solches seines Verbrechens wegen mit dem Schwert vom Leben zum Tode billig gerichtet und gestraffet. » La peine est abaissée de deux degrés : ç'aurait dû être, d'après l'art. 137 de la Caroline, la roue précédée de « mit Zangen reissen oder Ausschleiffung. »

Une situation critique peut sans doute troubler la raison au point que l'individu ne se rende plus nettement compte de ses actes, mais ce ne sera jamais là qu'un fait accidentel ; il est certain, par exemple, que les marins de la *Mignonnette* ont agi en pleine possession de leur raison, puisque trois délibérations distantes d'un jour ont immédiatement précédé l'assassinat. Ce qui jette l'esprit de l'homme en désarroi et lui enlève tout empire sur lui même, ce n'est pas spécialement l'approche de la mort ; c'est d'une manière générale la soudaineté des impressions, agréables ou pénibles, et ce n'est point d'une manière inattendue que dans la généralité des cas la vie humaine se trouve menacée. Mais les principes généraux en matière d'imputation et de culpabilité forceront d'ailleurs le juge à prendre en considération ce trouble de l'esprit : l'affolement est fréquent surtout dans les foules, en présence du danger d'écrasement ; l'homme, sentant alors un ennemi dans chacun de ses semblables, redevient sauvage [1]. — Ce serait aussi ériger en loi un fait purement accidentel que de voir le trait caractéristique de ces actes dans l'irrésistibilité de l'instinct de conservation, qui réduirait au rôle de machine l'homme qu'il entraîne ; ils peuvent être le produit de la réflexion, être commis avec la vision très nette de leurs conséquences, sans que l'impunité en soit moins soutenable. Et ce serait encore la même solution sous une troisième forme que d'en trouver le caractère essentiel dans la crainte toute puissante de la mort, conçue comme opprimant la liberté des décisions de l'agent. Sans doute, par cela même que nous supposons que l'agent tue pour

[1] L'individu pris dans une foule entre deux courants contraires se trouve du reste, en quelque sorte, en état de légitime défense. Il est vrai que la foule est inconsciente et qu'il est au même point que chacun de ceux qui la composent artisan de son malheur. Mais ici la lésion d'autrui pour le salut de la personne a certainement ceci de commun avec celle de l'agresseur injuste, qu'elle est une simple réaction contre l'attaque ; elle est, comme toute légitime défense, plus ou moins instinctive et irréfléchie.

sauver sa propre vie, nous déclarons qu'il a été poussé par la crainte de la mort. Mais cette crainte, dont l'effet impulsif est infiniment variable suivant les individus, n'est point un dernier terme auquel nous puissions nous arrêter ; elle a sa source dans une circonstance extérieure au sujet, dans un fait qui peut prétendre à une portée objective et qui seul est constant : le fait que l'auteur court un péril de mort, qu'en donnant la mort à autrui, il l'évite lui-même, ou, pour parler d'une manière plus précise, qu'il recourt à l'acte délictueux dans ses formes extérieures comme à l'unique moyen de sauvegarder sa vie. Tout le monde s'accorde à faire de l'absolue *nécessité* de l'acte au salut de la personne la condition première de l'impunité complète de l'agent ; de là le nom d'*état de nécessité* — terme inusité jusqu'ici dont nous justifierons plus tard le choix — par lequel nous désignons la situation critique dans laquelle il s'est trouvé, et la qualification de « *nécessaire* » que nous donnons à l'acte.

Cet acte sauve une vie. Qu'est-ce que la vie ? On dit communément que c'est un droit ; on parle du « droit de vivre ». D'où la conséquence naturelle d'un droit aux actes sans lesquels on ne peut vivre, à l'acte nécessaire en première ligne ! Mais la vie n'est pas un droit. Les hommes vivaient et jouissaient de la vie avant qu'aucune loi écrite ou non écrite réglât leurs rapports, les animaux vivent et tiennent à la vie. Et, d'ailleurs, il est des cas où c'est le devoir de l'homme de la sacrifier ; ainsi du soldat. Il n'est donc point de son essence d'être un droit ; mais, toujours et partout, elle reste un bien, bien de même valeur pour l'individu, que la loi le protège ou qu'elle en exige le sacrifice, plus précieux peut-être même dans ce dernier cas, car on ne sent tout le prix de ce qu'on va perdre. L'acte nécessaire a donc pour essence de sauvegarder un bien.

L'infinie diversité des biens individuels et sociaux dont l'existence peut être mise en danger d'un côté, des délits que

peut nécessiter leur conservation, de l'autre, rend possibles d'innombrables états de nécessité. Il nous faut avant de rechercher les principes qui les doivent régir, en dresser un tableau général — c'est le principal but de cette introduction —. Il ne s'agit là que d'un simple exposé de faits, auquel nous attachons pourtant la plus grande importance ; car nous croyons que dans les sciences juridiques comme dans toute autre science, le progrès a pour condition première l'observation des faits, faits se produisant sans l'intervention du savant — ce sont pour nous les délits réellement commis — ou volontairement créés dans ses expérimentations — ce sont les exemples que nous forgeons de toutes pièces —. De leur intelligent rapprochement jaillit d'elle-même la lumière. Il n'est pas de question qui ait été, jusqu'à nos jours, plus mal comprise que celle qui nous occupe, et cela tient précisément à ce que, la rareté relative des cas de nécessité empêchant de jeter sur les phénomènes sociaux un coup d'œil d'ensemble, on a bâti des théories sur des faits isolés, prenant pour essentiel ce qui n'était qu'accidentel. Les faits qu'il s'agit d'exposer et de classifier ici, et dont la généralisation nous donnera la notion de l'état de nécessité en droit pénal, sont ceux qui tombent sous le coup de la loi pénale, en ce sens qu'ils présentent tous les caractères extérieurs de crimes, délits ou contraventions ; nous ne discutons point pour le moment la question de savoir si la loi, faisant exception en leur faveur, doit les laisser impunis. Plus tard, nous les éclairerons à la lueur d'autres faits, empruntés à tous les domaines du droit et auxquels nos lois reconnaissent déjà un caractère juridique tranché ; nous pourrons poser alors la notion générale de l'état de necessité en droit et formuler les règles auxquelles il doit être soumis.

5. Les cas de nécessité jusqu'ici donnés en exemple présentaient un caractère exceptionnel de gravité ; mais il en est, par

contré, qui ne revêtent point des formes aussi tragiques. Citons-en un, entre mille autres, qui forme avec eux un contraste complet :

La scène se passe à Berlin, en octobre 1881 [1]. Un paysan conduit un char de volailles et en débite le contenu dans le quartier populeux qui avoisine la gare de l'Est. Quand un passant prend deux oies et s'enfuit! Le paysan se lance à sa poursuite, l'atteint, reprend victorieusement son bien, conduit le voleur au poste de police voisin, puis retourne au plus vite à ses affaires. Mais, voilà bien une autre histoire! Le char a disparu; et, comme notre pauvre homme crie de plus belle au voleur, on lui dit qu'on a mis son char en fourrière. Il court à la police, où il le retrouve; mais on dresse contravention contre lui, pour abandon d'un véhicule sur la voie publique (§ 366 du code pénal allemand). Le tribunal l'acquitte. Nous ignorons ses considérants, mais le juge n'a pu arguer que de l'état de nécessité : l'abandon du char était le seul moyen d'éviter la perte des oies. Le danger à écarter n'est plus ici ce danger suprême devant lequel s'efface toute autre considération, le danger de mort, c'est celui d'une faible perte pécuniaire; le délit commis n'est plus un assassinat, c'est une insignifiante contravention qui, dans l'espèce, n'a sans doute pas causé de dommage.

Nous pouvons combiner ces deux cas extrêmes : le salut d'un homme, excusant le meurtre, doit excuser la contravention de police qu'excuse le salut de deux oies! De l'impunité de la plus grave des infractions résulte forcément l'impunité d'une infraction quelconque; il y a donc état de nécessité plus justement qu'aucun autre exclusif de toute peine, toutes les fois que la vie ne peut être sauvée que par la commission d'un délit : un chirurgien auquel on met le pistolet sur la gorge — nous admettons comme prouvée, dans tous nos exemples, la certitude

[1] V. le « Lokal-Anzeiger » de Berlin, entre le 18 et le 25 oct. 1888.

de la survenance du mal à éviter en cas d'observation de la loi — pratique une mutilation, une castration sur un individu parfaitement sain ; on connaît peut-être le charmant récit du conteur suisse Zschokke : un Anglais contraint un médecin à lui couper la jambe, pour que la boiteuse dont il est amoureux ne lui refuse plus sa main (le consentement de la victime à la lésion corporelle n'en modifie pas le caractère criminel) [1]. Par une froide nuit d'hiver, un voyageur exténué, cherchant un abri, s'introduit dans une maison de campagne dont on lui a refusé l'entrée [2]. Des parents délaissant leurs enfants, leur dénûment étant tel qu'ils ne pourraient les nourrir qu'en se privant eux-mêmes de nourriture ; c'est l'histoire du Petit Poucet qui, sur ce point, n'est pas un simple produit de l'imagination populaire [3] et notre civilisation ne rend point impossibles de semblables nécessités, même au sein des grandes villes ; Ortolan en rapporte un exemple [4]. Un affamé vole des aliments ; nous supposons une faim telle que tout retard mis à l'apaiser doive compromettre la santé et la vie ; l'âne de la fable que poussent « la faim, l'occasion, l'herbe tendre, et quelque diable aussi » n'est point en état de nécessité, si excusable soit du reste son acte. Le vol nécessaire était très fréquent au moyen âge ; nous verrons que c'est le seul cas de nécessité dont s'occupent alors les criminalistes. S'il a pour objet les dernières provisions de quelque autre affamé, il se change en homicide : ainsi entre naufragés en pleine mer, entre voyageurs traversant le désert. — Le navire qui emmène de France un condamné au

[1] A nos yeux cependant c'est un cas de légitime défense, aussi bien que le meurtre d'un agresseur qui n'attaque que dans le but de se faire tuer. V. section IV ci-dessous.

[2] Code belge, art. 442 : 2 ans de prison, 300 fr. d'amende ; code all., § 125.

[3] Voir le droit germanique, partie I, ch. III, ci-dessous.

[4] « Eléments », 4e éd., n° 364 ; d'après « le Droit » du 26 janvier 1856.

bannissement naufrage et le banni retourne en France [1]; si la tempête l'y jette, il y a force majeure : nous supposons qu'il y aborde volontairement, parce qu'il s'exposerait à une mort certaine en restant en mer jusqu'au passage d'un vaisseau à destination d'un autre pays. — Quelqu'un tombe dans une réunion de conspirateurs qui, craignant qu'il ne les dénonce, le menacent de mort s'il ne se joint à eux. — Un geôlier surpris par une bande de malfaiteurs leur livre les clefs d'une cellule, voyant qu'il sera assommé s'il ne les cède pas de bonne grâce. — Celui qu'assaillent des brigands donnera sa bourse pour sauver sa vie; mais, si cette bourse appartient à autrui? ainsi un postillon, attaqué sur la grande route, livre la sacoche aux valeurs ; un caissier de banque révèle le secret du coffre-fort. — Les habitants d'une maison en flammes s'enfuient dans la rue à demi-nus, dans un état de nudité complète même. — Le maître d'un chien enragé lui ouvre la porte, après avoir réussi à se protéger un instant contre ses attaques [2]. — J'échappe à un assassin par la fuite et jette en bas d'un escalier le tiers qui me barre le passage; il se casse un bras. — Un paysan récèle un criminel qui le menace de mort s'il ne le cache pas chez lui jusqu'à la nuit. — Un homme qui se noie dans une rivière prend pied sur un fond riverain malgré la résistance du propriétaire. — Un lion s'est échappé d'une ménagerie ; les habitants de la région où il s'est retiré n'osent sortir de chez eux et l'un d'eux ne comparaît pas comme juré aux assises. — Un baigneur dont on a volé les habits, et qui grelotte, s'empare du manteau d'un autre baigneur ou s'enfuit nu chez lui, sans même attendre qu'il fasse nuit noire. — Ortolan raconte avec indignation l'histoire d'un porteur d'eau rencontrant dans un es-

[1] Art. 33, C. P. 1810 ; cf. § 361 code allemand.

[2] Art. 475. 7°, 479. 2°, C. P. 1810 ; 556. 2°, 559. 2°, code belge ; § 367. 11°, code all. Si le chien a causé la mort de quelqu'un, il y aura homicide par imprudence, volontaire même si le maître a prévu cette éventualité.

calier un homme dont les vêtements flambaient et continuant sa route sans s'émouvoir, en disant : « Si vous croyez que je vais perdre mon eau à ça » ; supposons que l'autre se fût emparé de ses seaux par la violence, qu'un individu dans la même situation gagne un canal en traversant un champ cultivé, un étang en renversant une clôture, ou cause un incendie en cherchant un moyen de salut.

A un degré d'intensité moindre, le danger qui menace la vie ne menace plus que l'*intégrité corporelle* ou la *santé*. Il en peut être ainsi, par exemple, dans le cas des vêtements en flammes, dans ceux du voyageur sans abri et du baigneur dont les habits ont été volés ; et nous arrivons par une pente insensible au danger pour l'intégrité corporelle seule, sans compromission quelconque de la vie : sous l'effet persuasif d'une volée de coups de bâton qui ne fait que commencer, un homme livre une chose confiée en dépôt, révèle un secret de la fabrique dont il a été ou est encore employé [1] ; l'individu sur lequel on veut pratiquer une mutilation s'échappe en blessant un tiers de bonne foi ; de même la jeune fille menacée de viol.

Ce dernier exemple nous offre une transition naturelle au danger pour la *pudeur :* le viol ne porte pas nécessairement atteinte à l'intégrité corporelle, mais toujours à la pudeur. Et, alors, des actes très divers peuvent lui être assimilés : on veut abuser d'un jeune homme, le rendre témoin, complice même d'actes ignobles, ou encore contraindre une femme à servir de modèle. Le moyen naturel d'échapper au danger est sans doute la légitime défense contre l'individu mal intentionné, mais il se peut qu'elle soit au-dessus des forces de ses victimes et que leur seule planche de salut soit la commission d'un acte dommageable à des tiers ou tout au moins illégal : ainsi la fuite d'une maison dans la rue dans un état de nudité contraire à la morale publique.

[1] Art. 309, Code belge ; cf. art. 410, C. P. 1810.

La *liberté* est aussi un bien précieux dont la sauvegarde peut nécessiter un délit, qu'on la conçoive comme non-esclavage, ou simplement comme pouvoir de disposer de nos forces physiques. En Afrique surtout, les Européens sont encore exposés à l'esclavage : menacé d'être vendu dans l'intérieur des terres, un capitaine de vaisseau livre à des pirates les marchandises qui lui ont été confiées, un pasteur allemand célèbre un mariage entre une femme déjà mariée en Allemagne et un Anglais [1] ; des noirs posent comme condition de la mise en liberté d'un blanc tombé dans une embuscade qu'il leur livre un autre blanc. Mais c'est surtout au second des sens indiqués, comme pouvoir d'exercer notre faculté de locomotion, que la liberté peut être compromise : l'individu séquestré se résout au délit qu'on exige de lui pour mettre fin à sa séquestration — il se rend coupable de faux, d'adultère, de duel, de révélation de secret [2], etc. —. Enfermé par A dans la chambre de B, je m'échappe en me faisant une corde de draps ou de rideaux déchirés, ou en enfonçant la porte [3]. Menacé d'un mauvais coup, je sors porteur d'une arme prohibée [4], plutôt que de rester cloitré chez moi, et je m'en sers pour tenir mon adversaire en respect. On contraint un aveugle à un délit en lui enlevant son guide, homme ou chien, dont la privation le réduit à l'immobilité. Je donne un faux nom à un fonctionnaire, le vrai devant motiver d'injustes soupçons et entraîner mon arrestation.

L'*honneur* ensuite — nous entendons par là soit les sentiments de dignité de l'individu, soit la considération à laquelle

[1] §§ 4, 338, Code allemand.

[2] Secret professionnel (avocat, médecin) ; secret de fabrique ; employé de mont-de-piété faisant connaître le nom de déposants (459, Code belge) ; télégraphiste révélant le contenu d'une dépêche (150, Code belge), etc.

[3] Si j'endommage la porte en voulant empêcher A de la fermer sur moi, j'use de légitime défense. Code belge, art. 231. V. p. 36 et sv.

[4] Art. 314, C. P. 1810 ; ord. 23 fév. 1837 prohibant les pistolets de poche

lui donne droit sa position sociale et dont il jouit auprès d'autru — l'honneur peut, lui aussi, tomber en état de nécessité : soupçonné d'un crime, un avocat fait diriger les poursuites contre une autre personne en révélant un secret que sa profession l'oblige à garder. On supprime[1] une lettre anonyme dont on a appris l'envoi ou une lettre qu'on a soi-même expédiée à une fausse adresse en l'enlevant de force au facteur ou en fracturant la boîte du destinataire. Je brise la vitre sur laquelle a été affiché, à l'insu du propriétaire, un écrit injurieux pour moi, que lisent les passants, ou je les maltraite pour les empêcher de lire. Ne voulant à aucun prix qu'un tiers apprenne des faits de nature à porter atteinte à l'honneur de ma famille, je le jette brutalement hors de chez moi et l'envoie rouler dans l'escalier, n'étant pas assez vigoureux pour traiter de la sorte celui qui m'insulte. Et combien souvent il arrive, en cas de chantage, que la commission d'un délit soit le seul moyen d'obtenir le silence du diffamateur !

Le danger qui menace la *propriété* peut-il justifier aussi l'impunité d'un délit? Certainement : on se rappelle l'exemple des deux oies. Ajoutons-en quelques autres : je vais chercher mon chapeau dans le champ de blé où l'a emporté le vent ; un incendie survenant j'ouvre la porte de mon poulailler, et poules et poulets de courir les rues, contrairement aux règlements de police ; je rejette chez le voisin, à l'aide d'une perche, la torche incendiaire qu'une main criminelle a lancée sur mon toit ; pour éteindre le feu, je m'empare à l'aide d'effraction de l'extincteur de mon voisin absent ou, aidé des miens, je vais puiser de l'eau à un canal en passant et repassant à travers des terrains cultivés ou par un chemin interdit ; menacé de la destruction d'un objet qui m'est cher, je livre à autrui un autre objet qui m'a été confié en dépôt ; aubergiste, j'arrête dans sa fuite l'individu qui vient

[1] Code genevois, art. 279 ; belge, 460.

de me voler et s'échappe sur le cheval d'un de mes hôtes, en abattant la bête d'un coup de feu.

6. Faisons observer ici que la première victime de l'acte nécessaire peut être quelquefois l'auteur de cet acte lui-même. L'on s'inflige souvent un mal pour en éviter un autre plus considérable. Nous sortons presqu'ici des limites du droit : la plupart de ces actes seront juridiquement irrelevants. Le suicide lui-même n'est-il pas impuni ? Mais ils peuvent prendre indirectement une signification pénale. Chacun de nos biens, à nous individus, présente quelque importance sociale ; la société ressent le contre-coup du mal que nous croyons nous infliger à nous seuls, le ressent assez vivement même en certains cas pour nous refuser la libre disposition de ces biens. C'est pour cette raison que le droit romain punissait la tentative de suicide chez le soldat [1] ; que le code pénal allemand punit celui qui, par une lésion corporelle se rend impropre au service militaire [2] : s'il s'y décide sous le coup de menaces — menaces dans les biens, ou menaces de lésions corporelles qui le rendraient impropre, sinon au service militaire, du moins à l'exercice de sa profession —, ou qu'il se la laisse infliger parce que la résistance mettrait sa vie en danger, ou encore parce qu'elle est nécessaire à la guérison d'une maladie, il agit en état de nécessité. Des simples choses même dont il est propriétaire, l'homme n'a pas toujours le droit de disposer à son gré : soit à cause de l'éventualité d'une transmission de propriété à des tiers — objets saisis, donnés en gage, etc. —, soit à cause de droits d'usage actuel d'autrui — notamment s'il s'agit de monuments ou d'autres objets destinés à l'utilité ou à la décoration publique et dont un particulier est propriétaire —, soit en raison du mode

[1] L. 6, § 7 D. de re militari (49. 16).

[2] § 142 : „Wer sich . . . zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht oder. . . . untauglich machen lässt. . . . “

de destruction employé et du péril auquel il expose autrui (incendie de sa propre chose, etc.).

On voit par cette série d'exemples combien est variable le rapport d'importance entre le bien sauvegardé par l'acte et le délit dont cet acte présente les caractères extérieurs. Ils sont égaux toutes les fois que le nécessité échappe à un mal en faisant subir le même mal à autrui ; qu'il tue, par exemple, pour éviter la mort. Mais le plus souvent ils sont disproportionnés, disproportion qui peut être éclatante; ainsi, lorsque le salut d'une personne ou la conservation d'une fortune considérable sont obtenus par la commission d'une légère contravention de police. Le lecteur pressent sans doute qu'il ne peut être question d'impunité lorsque l'infraction commise est très grave, le bien protégé de faible valeur, qu'on doit punir par exemple celui qui assassine un innocent pour éviter une perte de cent francs. Pourquoi? et quel est le critérium du rapport d'importance à exiger pour l'impunité? C'est ce que nous verrons plus tard.

7. Nous avons jusqu'ici laissé supposer que l'auteur de l'acte nécessaire était toujours celui-là même que menace le danger, que le mobile de cet acte n'était jamais que l'égoïsme individuel. Mais l'amour d'autrui peut jouer ici le même rôle que l'amour de soi ; il est peu d'hommes qui ne soient prêts à se sacrifier, par affection ou par devoir, à un être auquel ils sont attachés, le fils au père, l'ami à l'ami : quoi d'étonnant s'ils lui sacrifient un tiers? En cas de naufrage, d'inondation ou d'autre désastre, celui qui se trouve du reste en sûreté aidera ses parents, ses amis à triompher de la résistance d'un tiers dont la mort est nécessaire à leur salut ; si la lutte avait lieu entre inconnus, il y assisterait sans doute d'un œil indifférent. Les menaces proférées dans le but de contraindre à un délit le seront souvent non contre l'individu à contraindre, qui se sent peut-être de taille à lutter contre le provocateur, mais contre les per-

sonnes qui lui sont chères. — Il se peut aussi qu'un simple sentiment d'humanité nous pousse à commettre un acte dommageable à un tiers pour le salut d'un inconnu : qui hésitera à enfoncer une porte pour secourir un individu dont il entend les cris de détresse ? à couper la corde d'un pendu qui respire encore, quand bien même cette corde ne lui appartient pas, et à écarter son propriétaire superstitieux, s'il veut qu'on la laisse intacte et qu'on procède autrement au sauvetage ? à entreprendre, en l'absence du médecin, une opération facile dont il est capable en violation des prescriptions sur l'exercice de l'art de guérir ? Bien qu'un règlement de police lui interdise de faire passer son char sur le trottoir, la bonne d'enfant qui voit arriver un cheval emporté l'y mettra à l'abri et y continuera sa route ; elle ne s'y réfugiera pas seule, en laissant l'enfant en danger. Rien n'est plus naturel que l'intervention d'un non-intéressé dans le conflit qu'amène la nécessité ; l'exemple suivant peut en servir de preuve : des citadins attardés dans une forêt de Thuringe entendent crier au secours et le son des voix les conduit au vieux château de Rauhenstein. A une haute fenêtre de la « Tour de la faim », ils voient deux formes humaines qui leur crient d'une voix éplorée : « sauvez-nous ! nous sommes enfermés ! » Le gardien de la tour s'en était allé à la nuit, emportant les clefs à la ville sans savoir qu'il restait quelqu'un ; il fallut se résoudre à enfoncer la porte [1].

Plus encore ! l'acte nécessaire peut être un acte de véritable dévouement. On porte secours à un individu en détresse : dans une maison incendiée, en perçant la paroi d'une chambre de la maison voisine ; dans un endroit dangereux, en violant le règlement qui en interdit le passage. Citons un cas typique — il s'agit d'un accident survenu l'an dernier près de Gstatterboden

[1] „Leipziger Nachrichten", 14 juillet 1888 : „vom Hungerthume der Burg Rauhenstein."

en Autriche [1] — : la rupture d'un pont a précipité deux touristes, sur quatre, dans un abîme ; l'un a été tué sur le coup, l'autre est resté accroché à la saillie d'un roc et les deux derniers cherchent à le sauver. Ils y réussissent en lui tendant une perche arrachée de la barrière du sentier ; ils risquent eux-mêmes leur vie et tout retard aurait été fatal au malheureux sur le point de lâcher prise. A la lecture du périlleux sauvetage l'atteinte à la propriété publique, punissable en d'autres circonstances, semble une bagatelle. Peut-être n'est-elle pas punissable d'après le Code autrichien, grâce à la façon spéciale dont il a conçu l'article à appliquer [2]. Mais, punissable ou non, l'acte est injuste dans ses formes extérieures et cela nous suffit : la question qui nous occupe est aussi bien celle de savoir si la nécessité rend l'acte juste, d'injuste qu'il serait autrement, que celle de savoir s'il doit être puni, car une réponse affirmative à la première fait tomber la seconde, la loi ne punissant que les actes injustes. Il est vrai qu'elle ne les incrimine pas tous, surtout s'ils sont faiblement dommageables ; incrimination trop variable cependant suivant les pays, trop sujette dans chaque pays à d'incessantes fluctuations, pour que nous la prenions pour règle et laissions de côté, parce que nous nous occupons de droit criminel, les faits sans signification pénale d'après telle ou telle législation. Tout acte est digne d'attirer notre attention qui est injuste et dommageable, car il est alors virtuellement punissable (v. partie II, ch. IV, § 5 ci-dessous). Le lecteur doit songer, en présence de nos exemples, aux mêmes délits commis

[1] „Leipz. Nachrichten", 13 juillet 1888 : „ Unglücksfall im Gesäuse."

[2] Si nous ne faisons erreur, il ne punit que la „böswillige Sachbeschädigung" et l'absence d'intention de nuire détruirait ici la criminalité. L'acte serait au contraire punissable d'après le code allemand, § 304 (le § 54 sur l'état de nécessité ne s'y appliquant pas) ; le code de 1810, art. 437 (Hélie, Pratique II, p. 551 ; à notre avis, art. 257 : « dégradation d'objets destinés a l'utilité publique ») ; le code belge, 526 ou 521 ; genevois, 203 ou 337.

dans d'autres circonstances qu'en état de nécessité, dans un autre but que le but de conservation d'un bien ; qu'il suppose dans les trois exemples qui précèdent : la paroi percée par un homme qui veut voler, le sentier passé pour y cueillir une fleur, la barrière (très nécessaire peut-être à la sécurité du chemin) détruite par amusement. N'y aurait-il pas là matière à pénalité ?

Le danger à éviter peut donc menacer d'autres que l'auteur, et l'auteur lui-même peut se trouver en sûreté ou en péril aussi : l'homicide de la « Mignonnette » sauve et le meurtrier et ses deux compagnons, l'un complice, l'autre spectateur indifférent du meurtre. Les personnes protégées ne sont pas nécessairement des personnes physiques : l'immeuble qu'on préserve de l'incendie appartient à une société, l'objet du vol dont on empêche la consommation sont les archives d'une association, ou — l'existence de la personne morale est alors en jeu — des titres dont la perte entraînerait sa dissolution (parce qu'ils peuvent seuls prouver, dans un procès en cours, que l'association ne poursuit pas un but illicite [1]), une somme dont la perte amènerait sa faillite et conséquemment sa dissolution [2]. L'Etat surtout peut tomber en état de nécessité dans des circonstances telles qu'un particulier en soit réduit à commettre un délit pour le sauver : je rends impossible un crime contre sa sûreté intérieure ou extérieure, soit en révélant à l'autorité l'existence d'un complot (cette révélation peut nécessiter un délit d'inaction suivant le moment où elle doit être faite, ou l'infliction d'un dommage à un innocent si quelque obstacle m'empêche d'arriver à temps [3]), soit en enlevant aux futurs auteurs du crime les moyens de le

[1] Code suisse des oblig., art. 716, 17. Cf. C. C. art. 1131, 1133, 1833.

[2] Code suisse, art. 572, 664, 709.

[3] Si la non-révélation est frappée d'une peine (elle l'était par les art. 103 à 107, abrogés depuis, du Code de 1810 et l'est encore par le code allemand, § 139, qui punit celle de tout crime grave), il y a devoir d'intervention (v. p. 26).

commettre (je fais sauter le dépôt d'armes qu'ils vont piller, je mets le feu à ma maison [1] où une des bandes armées visées par les art. 96 et 99 du code de 1810 va se retrancher), soit de toute autre façon. — Enfin, le nombre des personnes protégées peut être indéterminé; ce seront, en cas d'incendie, par exemple, tous les locataires d'une maison, tous les spectateurs d'un théâtre; en cas d'inondation, d'épidémie, tous les habitants d'une localité. Ce sera même tout le monde, autrement dit le public, le corps social ; ainsi lorsqu'il s'agit d'empêcher des délits qui, comme la fausse-monnaie ou les contraventions de police, n'ont pas pour objet la personne ou les biens d'un particulier.

8. Il est spécialement un groupe de cas où la légitimité de l'intervention ne peut être l'objet d'un doute : c'est lorsque la loi en fait un devoir dont elle punit l'inobservation. Ces devoirs positifs, dont la violation constitue les délits d'inaction, et qui sont toujours imposés dans l'intérêt d'autrui, dans un intérêt social surtout, sont des plus variés : devoir de prêter le secours dont on est requis en cas d'incendie ou autres calamités [2], de déclarer une naissance, de remettre un enfant trouvé à l'autorité [3], de fonctionner comme juré, de comparaître comme témoin ou accusé, de donner avis d'un projet de crime [4], d'écheniller son fonds, devoir de celui qui se trouve au service militaire d'une puissance étrangère de le quitter si elle déclare la guerre à son pays [5]; devoirs résultant de la fonction ou de la profession : du geôlier, d'empêcher l'évasion d'un détenu, du pompier d'aller au feu, etc., etc. Il se peut qu'un individu ait deux de-

[1] C. P. 1810, art. 434.

[2] C. P. 1810, art. 475, 12°; code all., § 360, 10°; belge, art. 555, 5°. Cf. code d'inst. crim., art. 34, 40-1, 106, 376.

[3] Art. 55-56, 58, Code Napoléon : 346-7, C. P. 1810.

[4] V. note 3, p. 25.

[5] C. P. 1810, art. 75; décret du 6 avril 1809, art. 2.

voirs à remplir, dans des circonstances telles que l'accomplissement de l'un exclue celui de l'autre ; c'est le cas de conflit de devoirs bien connu des moralistes [1] : je dois comparaître le même jour, à la même heure, comme témoin dans une ville et comme juré dans l'autre ; comme je vais donner avis d'un projet de crime, un agent de police me somme de lui prêter secours, dans quelque circonstance d'accident ; un médecin mandé pour une opération urgente est requis de donner ses soins à un noyé qu'on vient de tirer de l'eau ; deux états en guerre appellent sous les drapeaux un individu sujet de l'un et de l'autre ; l'unique pompe d'un village a deux incendies à éteindre ; deux détenus tentent de s'évader en même temps d'une prison, l'un d'un côté, l'autre de l'autre ; dans le canton de Bâle-Ville [2], un propriétaire rural chez lequel le feu a éclaté va quérir du secours, en toute hâte, laissant un passant aux prises avec son chien, bête hargneuse, qui l'a suivi ; le capitaine d'un vaisseau en détresse, chargé du transport de condamnés à la déportation, les embarque dans les chaloupes de sauvetage — c'est le devoir de tout capitaine de pourvoir au salut des passagers —, au risque de favoriser leur évasion [3].

On ne peut, du reste, parler ici de force majeure ; l'individu est contraint de choisir entre deux manières

[1] Binding le premier, dans son « Handbuch des Strafrechts » (I, 1885, p. 758-9) a rangé le conflit de devoirs sous le point de vue de l'état de nécessité : mais, restant à la surface des choses, il ne voit pas qu'il s'y cache un conflit d'intérêts et soumet à des règles différentes les deux groupes de cas, d'où une fâcheuse complication. H. Meyer (Lehrbuch des Strafrechts, 4e éd., 1888, p. 341) le corrige sur ce point. — Ni l'un ni l'autre ne remarquent du reste que le conflit de devoirs est un cas d'intervention.

[2] Polizeistrafgesetz, 1872, §§ 121 et 103.

[3] L'auteur de l' « Histoire des naufrages » (t. III, p. 382-3) blâme vivement le capitaine du navire anglais l' « l'Amphytrite » d'avoir pris le parti contraire dans le naufrage de son vaisseau en vue de Boulogne, le 31 août 1833, et d'avoir laissé périr les 108 femmes qu'il transportait à Sydney plutôt que d'encourir la responsabilité de leur évasion.

d'agir à la fois légales et illégales, mais un choix quelconque ne saurait être impuni : excusera-t-on, par exemple, celui qui s'est abstenu de comparaître comme témoin dans un procès criminel, parce que, en obéissance à un arrêté spécial, il était occupé à la destruction des hannetons qui infestent son fonds? L'inaction complète serait naturellement plus coupable encore.

D'une manière générale, l'accomplissement d'un devoir peut nécessiter la commission d'un délit : pour atteindre le criminel qu'il doit arrêter, l'agent porteur d'un mandat enfonce une porte, renverse une clôture, ou s'empare de force du cheval et de la voiture d'un particulier ; un corps de troupes, qui doit se rendre en toute hâte en un lieu donné et trouve la route impraticable, passe à travers des terrains cultivés ; pour arriver à temps sur le lieu d'un incendie, une pompe traverse au grand trot de ses chevaux une rue où est interdite toute allure autre que le pas, etc., etc.

9. Tous les genres de cas de nécessité relevant du droit pénal ont-ils bien été passés en revue? Non, point encore ! Nous avons parlé d'abord de ceux où l'auteur de l'acte nécessaire agit dans son intérêt propre, puis de ceux où, dans l'intérêt d'autrui, il porte préjudice à une tierce personne.

Un cas curieux, celui de l'embryotomie, nous offre une transition à un nouveau groupe d'actes nécessaires : un chirurgien détruit un enfant dans le sein d'une femme, dont la délivrance nécessiterait une opération qui compromettrait sa vie (opération césarienne), l'étroitesse du bassin rendant impossible l'accouchement par les voies normales. Il anéantit un être distinct de la mère, auquel la loi reconnaît des droits et qu'elle protège spécialement par les dispositions qu'ont trait à l'avortement ; mais il y a aussi, comme dans toute opération chirurgicale, atteinte à l'intégrité corporelle de la personne opérée.

On voit que l'acte nécessaire peut avoir pour effet le salut et la lésion d'un seul et même individu; cette identité de personne entre le sauvé et le lésé se rencontrait déjà dans l'exemple donné plus haut d'évasion de deux détenus: le service que rend à la société le geôlier qui en arrête un dans sa fuite a pour contre-partie le danger public causé par l'évasion de l'autre. Autre exemple: la destruction de plans de fortifications, arsenaux ou ports pour en empêcher la communication à l'ennemi [1]. Le même phénomène peut se présenter dans les rapports entre particuliers: on usera de violence envers celui qui veut se suicider pour qu'il ne se jette pas à l'eau, pour lui arracher l'arme dont il veut se servir, on le séquestrera jusqu'à ce qu'il se soit assagi, on enfoncera la porte de sa chambre, où il s'asphyxie. Le médecin n'hésitera pas à entreprendre de force la guérison d'un malade qui veut se laisser mourir, dût-il recourir à un remède dont l'application entraînera quelque infirmité durable, opérer, je suppose, une amputation. Il faut également faire rentrer ici certains cas délicats d'assistance au suicide et de meurtre de consentants: ainsi d'une femme qui préfère la mort au déshonneur. — Les pompiers qui inonderont la maison qu'ils veulent préserver de l'incendie, enfonceront la devanture d'un magasin d'où sort de la fumée, pour arriver jusqu'au feu. Le code allemand (§ 370. 6°) punit celui qui donne à manger au bétail des choses appartenant à son propriétaire, mais contre son gré; que décider si, au moment de l'acte, le bétail allait crever de faim, et que le propriétaire, ne voulant pas reconnaître le service rendu, porte plainte contre l'agent, auquel il avait défendu de se mêler de la nourriture du bétail?

10. Tout le cycle des cas de nécessité est maintenant parcouru; nous aurions pu du reste multiplier les exemples. Plus

[1] C. P. 1810, art. 81-2, 173; code all. §§ 90. 4°, 92. 1°, 304.

d'un de nos lecteurs, sans doute — nous songeons aux criminalistes auxquels leur théorie d'impunité fait trop étroitement envisager la question — déclarera injustifiée cette assimilation de tant de faits les uns aux autres. Mais de quel droit? Nous ne prétendons pas les assimiler absolument, leur attribuer a tous la même signification juridique; ne comportent-ils pas des différences individuelles? Nous voulons dire seulement que, présentant le même caractère essentiel, ils doivent être soumis au même principe; si, cependant, ce caractère peut être un motif suffisant à une règle de droit spéciale, question que nous n'avons voulu jusqu'ici que poser, sans la résoudre encore, et dont la solution est précisément le but de cet ouvrage.

De notre exposé de faits ressort clairement et d'elle-même la notion de l'état de nécessité en droit pénal; nous pouvons le définir :

Un état de choses tel que la sauvegarde d'un bien nécessite la commission d'un acte en lui-même délictueux;

« en lui-même », c'est-à-dire abstraction faite des circonstances spéciales qui l'accompagnent et qui peuvent fort bien le dépouiller de tout caractère délictueux, comme, par exemple, l'attaque injuste le fait de l'acte de légitime défense, qui présente lui aussi tous les caractères extérieurs d'une infraction à la loi pénale. Quant aux biens sauvegardés, nous en avons donné un aperçu en nous conformant à la classification usuelle; nous avons distingué la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, la pudeur, la propriété — dans laquelle il faut comprendre tous les intérêts pécuniaires —, puis les intérêts infiniment variés de la société, dans l'énumération desquels il aurait été oiseux d'entrer. Aux mots « la sauvegarde d'un bien », nous aurions pu ajouter « l'accomplissement d'un devoir », mais l'adjonction eût été superflue, les devoirs que nous impose la loi ayant toujours pour objet la conservation d'un bien individuel ou la sauvegarde d'un intérêt social.

Cette notion de l'état de nécessité est toute moderne. Nous verrons dans notre partie historique avec quelle lenteur elle s'est développée, mais aussi avec quelle force irrésistible. A mesure qu'elle s'est élargie ont dû se modifier les théories d'impunité des criminalistes. Ce développement parallèle des théories et de la reconnaissance des faits — la notion de l'état de nécessité n'est qu'une généralisation de faits — n'emporte-t-il pas une sérieuse présomption de vérité en faveur des théories modernes? Elles apparaissent comme le terme nécessaire d'une pénible évolution.

III

11. On sait maintenant ce qu'est l'état de nécessité en droit pénal : il présente ce trait caractéristique que la conservation d'un bien y nécessite un acte en lui-même délictueux. Mais celui qui tue un agresseur injuste pour échapper à ses coups commet un acte en lui-même délictueux, qui ne reste impuni que s'il est nécessaire à la conservation de l'agent. L'état de légitime défense est donc un état de nécessité.

Nous tenons cependant à les distinguer l'un de l'autre ; de l'acte de légitime défense, nous ne nous occuperons qu'accessoirement, parce qu'il doit au fait de l'attaque injuste un caractère de justice — le qualificatif de « légitime » en témoigne — auquel ne peut prétendre l'acte nécessaire proprement dit. Ces actes sont d'une essence différente, ce dont suffit à convaincre un coup-d'œil jeté sur l'histoire du droit : tandis qu'aujourd'hui encore la signification juridique de l'état de nécessité — au sens étroit du mot — n'est qu'imparfaitement reconnue, celle de la légitime défense l'a été de tout temps et l'on en a pu dire qu'elle n'avait pas d'histoire [1]. Cicéron en parle déjà comme d'une loi fondée dans la nature des choses « non scripta, sed nata lex,

[1] Geib, Lehrbuch, II, § 91.

quam ex natura ipsa arripuimus »[1] ; et c'est là une incontestable vérité :

12. Toute existence est un combat ; l'être vivant ne vit qu'au prix d'une lutte incessante contre les facteurs de destruction. Tout en bas de l'échelle des êtres animés, dans le règne végétal, ce n'est encore qu'une innocente lutte ; la plante se borne à prendre au monde inorganique ce dont elle a besoin et ne fait souffrir les autres qu'indirectement, s'ils en ont besoin eux-mêmes. Privée de mouvement, elle est incapable d'une défense directe contre l'ennemi. Mais sur les confins du règne végétal et du règne animal apparaît, en même temps que la faculté de se mouvoir, celle de réagir contre l'attaque : le protoplasme informe du fond des mers répond déjà à l'attouchement par un mouvement défensif de contraction suivi d'un retour offensif à sa position première. A mesure que nous approchons des animaux supérieurs, nous voyons la réaction devenir plus énergique, plus efficace et plus consciente d'elle-même. Elle est du reste plus qu'une défense : hors de danger, l'animal combat encore, et pare aux dangers futurs par l'anéantissement de celui qui l'attaquait et ne l'attaque plus ; elle va donc plus loin que ne l'exige l'intérêt actuel de l'animal, elle présente le caractère d'une peine. Et l'instinct de conservation qui en est la source — autre point commun avec la peine — ne se met pas seulement au service de l'individu ; il se met au service de l'espèce : l'animal défend ses petits avec le même acharnement qu'il mettrait à se défendre lui-même, et souvent les adultes se défendent entre eux. Puis, arrivant à l'homme, nous voyons, à l'origine des sociétés comme chez l'animal, la défense et la peine se confondre ; le droit de vengeance les comprend l'une et l'autre, réaction contre l'attaque moins personnelle encore que chez

[1] Pro Milone, c. 4.

l'animal : c'est la famille, la tribu qui se vengent, plutôt que l'individu. Plus tard enfin, lorsque le pouvoir social consolidé prétend exercer seul le rôle de justicier, parce que rendue par un intéressé forcément partial la justice devient injuste, la légitime défense et la peine se séparent ; l'Etat ne prend exclusivement en main que la justice pénale, il reconnaît aux individus un droit de défense personnelle et réciproque. Mais il le leur reconnaît pour les mêmes raisons qui le font se réserver à lui seul le droit de punir ; parce que l'existence de la société l'exige, parce qu'en pourvoyant à son propre salut ou à celui d'autres individus, l'individu pourvoit au salut de la société tout entière.

En effet, la société serait impossible si des règles de droit ne bridaient les volontés individuelles ; mais ce n'est pas comme idéal, comme désir vague des consciences, comme vain commandement d'une loi méprisée, que le droit est une condition de la vie sociale, c'est comme ordre de choses effectivement réalisé. Le droit ne doit point rester à l'état virtuel — le droit naturel qui n'est pas en même temps un droit positif n'est pas un droit, ce n'en est que le souvenir ou la promesse —, il doit devenir réalité, il faut qu'il façonne le monde à son image. En un mot il doit vivre et, pour vivre, lutter ; et il lutte, étant animé comme tous ses congénères les êtres vivants de l'instinct de conservation. Son ennemi c'est surtout le délit et il lui faut le combattre sans relâche, avant, pendant et après sa commission. Mais qui ne voit qu'à lui seul le pouvoir social est impuissant à lutter efficacement pour le droit ? Il peut se réserver la punition des coupables, parce qu'elle suppose leur arrestation qui donne au tribunal le loisir de juger ; mais la police, son organe, trop souvent incapable de découvrir et d'arrêter les auteurs des crimes accomplis — c'est pour cela que la loi autorise les particuliers à les arrêter en cas de flagrant délit — est presque régulièrement incapable d'empêcher le crime en voie d'exécution. Elle ne peut guère que prendre des mesures générales de

précaution ; ce serait folie que de la vouloir partout présente.

L'Etat ne peut donc remplir sa mission de défenseur du droit sans recourir à l'assistance des individus, qui sont, en fait, les défenseurs naturels des biens qu'ils possèdent, qu'il s'agisse de biens ne faisant qu'un avec eux, comme la vie, ou de simples choses, dans le voisinage desquelles ils se trouvent toujours plus ou moins, à la sécurité desquelles ils pourvoient d'eux-mêmes, y étant plus que personne intéressés. Aussi l'Etat leur permet-il de se défendre entre eux contre toute attaque injuste, d'obliger l'agresseur à respecter la loi en lui infligeant, si besoin est, le plus grave des maux ; si besoin est ! parce que le mal fait à l'agresseur est toujours un mal que la société, dont l'agresseur reste membre, ne peut se résoudre à approuver que s'il est nécessaire. Il leur ferait même un devoir de cette défense, s'il ne savait que l'instinct de conservation suffira à les y pousser. — Il faut remarquer en outre que l'exercice de la légitime défense est une source de dangers sérieux pour le délinquant et que la crainte de ce péril est aussi propre à retenir sur le penchant du crime que la crainte de la peine elle-même.

La nécessité sociale du respect du droit est donc la source commune de la légitime défense et de la peine ; c'est pour cela qu'on n'a jamais nié le droit de l'Etat à punir, le droit de l'individu à se défendre contre une injuste agression. On n'en peut dire autant de l'acte nécessaire proprement dit : ce n'est pas aux dépens de celui qui va causer injustement sa perte qu'il sauve un bien, c'est aux dépens d'un innocent. Nous avons donc raison de le distinguer absolument de l'acte de légitime défense.

IV

13. Et cependant, d'autre part, la théorie de la légitime défense et celle de l'état de nécessité dépendent étroitement l'une de l'autre. La première ne peut être complète et solide que si elle

repose sur la seconde. En effet, en tant qu'indispensable à la conservation d'un bien, l'acte de défense est un acte nécessaire, et cela seul suffirait à lui assurer l'impunité ; l'individu injustement assailli doit jouir de toutes les prérogatives que confère la nécessité — certains auteurs ne lui en reconnaissent même pas d'autres — et c'est seulement un surplus de prérogatives que le fait de l'attaque injuste lui confère vis-à-vis de l'agresseur. Il faut donc savoir, pour déterminer exactement ses droits, à quoi s'ajoute ce surplus. On a généralement le tort de trop séparer les deux théories : l'état de légitime défense n'est qu'un *état de nécessité privilégié*. — Mais, inversément, nous ne pouvons étudier l'état de nécessité sans nous être fait une idée claire de la légitime défense ; car, si cette dernière est un état de nécessité privilégié, comment en distinguer les cas de nécessité proprement dits sans la connaissance des caractères spéciaux qui les transforment en cas de légitime défense ?

La grande famille des cas de nécessité se divise en deux branches principales ; il nous importe d'opérer dès maintenant leur séparation, non seulement pour délimiter exactement notre champ d'études, mais aussi pour que nous nous gardions de nous appuyer sur des exemples de légitime défense pour prouver que l'acte nécessaire doit rester impuni. On l'a fait souvent. L'évidence d'un fait est, sans doute, le meilleur des arguments ; mais tout au moins faut-il que le fait allégué soit ce qu'on le dit être.

14. Quels sont donc les caractères spéciaux qui distinguent la légitime défense, état de nécessité privilégié, du simple état de nécessité [1] ? L'analyse du cas-type de légitime défense, l'ho-

[1] La différenciation de la légitime défense et de l'état de nécessité, question que les législations laissent irrésolue et qui présente une grande importance pratique, est le sujet de vives controverses. Nous nous contentons, dans cette introduction, d'exposer nos idées, nouvelles à certains

micide d'un agresseur injuste, nous en fait découvrir deux, dont nous établirons plus tard la portée juridique, qui nous semble du reste évidente, par la discussion des objections possibles.

a. Nous avons vu que le meurtre de l'agresseur injuste est un acte de défense du droit; il empêche une atteinte au droit en mettant hors d'état de nuire celui qui va s'en rendre auteur. C'est là l'acte de légitime défense. Mais si, incapables de mettre l'agresseur hors d'état de nuire, nous lui échappons par la fuite et que pour nous frayer un passage, nous jetions un tiers en bas d'un escalier, où il s'assomme, nous n'usons plus là de légitime défense; nous commettons un simple acte nécessaire (ce mot pris au sens étroit). Dans les deux cas, le danger à éviter avait la même source : l'agression injuste d'un homme ; dans les deux cas, l'acte commis a eu pour but le salut de notre vie. Mais les deux actes ont pris une direction différente ; l'acte de légitime défense seul est précisément dirigé contre l'être qui nous menaçait d'un mal. Nous allons trouver là une base solide à une division des actes par lesquels nous protégeons nos personnes et nos biens — des actes nécessaires (au sens large) — en deux grands groupes, le groupe des actes de légitime défense et le groupe des actes nécessaires (au sens étroit).

Ce qui constitue l'état de nécessité au sens large du mot, c'est la présence d'un danger, autrement dit l'imminence d'un mal, mal qui doit ne pas être juste — il ne peut être question d'état de nécessité motivant l'impunité lorsque ce mal est voulu par la loi, lorsqu'elle impose à l'individu le devoir de s'y soumettre, qu'elle veut, par exemple, que ses biens soient saisis, qu'il soit frappé d'une peine —. De ce mal, l'homme cherche

égards — personne n'admet de nos jours la légitime défense contre les choses —, sans discuter celles d'autrui; la plupart des auteurs voient de simples cas de nécessité dans un grand nombre des exemples de légitime défense que nous allons donner, même dans la lésion du fou ou de l'animal dont on est attaqué.

instinctivement à se préserver, ce que la loi ne lui interdit pas en principe, puisque ce n'est pas elle qui en veut l'infliction. Or, deux moyens de salut essentiellement différents s'offrent à lui : le plus naturel, c'est la lutte directe contre le danger, en mettant hors d'état de nuire l'être qui attaque, qui va causer le mal [1]; c'est en cela que consiste la légitime défense.

Cet être n'est pas nécessairement un homme conscient de ses actes; ce peut être aussi bien un homme ne sachant ce qu'il fait — cavalier qui ne voit pas que son cheval va fouler un enfant aux pieds, fou furieux qui se jette sur nous —,ou un animal — chien hargneux qui veut nous mordre, taureau qui fond sur nous, chat emportant une volaille —, ou même de simples choses, objets de propriété — bateau qui s'en va à la dérive, maison qui menace de s'écrouler, canne plombée brandie par un adversaire dont nous ririons s'il n'eut pour armes que ses poings —; ce peuvent être enfin des choses sans maître, comme les éléments — air, eau, feu, etc. — qui, déchaînés, atteignent la plus effrayante puissance de destruction. La légitime défense consistera donc à les mettre hors d'état de nuire : à terrasser et nous rendre maîtres de l'homme ou de la bête qui nous attaquent, à les enfermer, les blesser, les tuer même s'il en faut venir à cette extrémité ; à détruire l'arme dont se sert l'agresseur — arracher de ses mains et jeter à l'eau le pistolet dont il va presser la détente, briser l'objet qui lui sert de massue, fût-ce même un vase précieux appartenant à un tiers — et d'une manière générale la chose qui doit nous nuire [2], à dompter les

[1] Nous nous gardons bien de dire « ce qui est cause du danger ». En pratique, « cause » est synonyme de « condition » et, dans beaucoup de cas de nécessité qui n'ont rien de la légitime défense, l'existence du lésé est condition (cause) du danger. Ainsi, lorsqu'un tiers nous contraint par des menaces à faire du mal à autrui, l'existence d'autrui est cause première et condition du danger : qu'autrui disparaisse et les menaces tomberont.

[2] Le cas s'en présente rarement, par suite de l'immobilité naturelle aux choses inanimées, mais il peut se présenter : on repousse en l'endomma-

éléments déchaînés ou sur le point de se déchaîner : nous éteindrons le feu, nous élèverons une digue contre les flots, un rempart contre le vent, nous détournerons la foudre à l'aide du paratonnerre, l'eau du ciel avec un parapluie ! Sans doute ces derniers actes sont dépourvus de toute portée juridique, en tant que dirigés contre de simples forces naturelles, *res nullius* parce qu'elles sont insaisissables ; mais s'ils en présentaient une, ils seraient légitimes, et non illégitimes. C'est en ce sens que nous pouvons les dire actes non seulement de défense, mais de légitime défense.

Il faut faire observer d'ailleurs qu'au point de vue juridique, l'homme cause un mal en restant inactif, s'il a le devoir d'agir : c'est ainsi qu'une femme cause la mort de son nouveau-né en négligeant de l'allaiter [1]. C'est donc légitimement défendre l'enfant que contraindre la mère à l'allaitement, par la force brutale ou de toute autre façon — ainsi en la séquestrant et lui refusant toute nourriture tant qu'elle en refuse elle-même au nourrisson — ; de même, le soldat blessé menaçant de son revolver le médecin militaire qui ne veut pas le panser, ne fait que se défendre. Au point de vue du droit, c'est-à-dire de ce qui doit être, dans l'ordre normal des choses, l'enfant ni le soldat ne sont en

geant le bateau qui va heurter les piles d'un pont ou un autre bateau, on démolit la maison voisine abandonnée, qui menace ruine, pour ne pas être obligé de vider les lieux. Exemple curieux : Un photographe brise la lampe avec laquelle un tiers va méchamment s'introduire dans son cabinet noir. Si, au contraire, le tiers apportait les plaques à la lumière, briser la lampe ne serait plus un acte de légitime défense.

[1] C'est la question, fameuse en Allemagne, des « delicta per omissionem commissa » : von Liszt qualifie justement la discussion de « einer der unfruchtbarsten Streite, welche die strafrechtliche Wissenschaft je geführt hat » (Lehrbuch, 1888), mais il faut reconnaître qu'il n'en est pas de plus attrayante. La solution la plus simple est celle de Wach (prof. à Leipzig; résumé du cours de 1887-8, p. 57-8), assimilant la cause à la condition — c'est l'opinion commune — et distinguant la condition positive et la condition négative.

danger; ils ne le sont que parce que d'autres se conduisent illégalement ; le danger ne naît que de la violation du droit.

Mais il se peut que cette défense directe, uniquement dirigée contre l'agresseur, soit au-dessus des forces de l'assailli ; elle le sera le plus souvent lorsque la menace provient des éléments déchaînés, dont la violence se joue de la résistance individuelle. C'est alors qu'il tombera en état de nécessité.

Il se peut d'abord qu'il ne puisse mettre l'être qui l'attaque hors d'état de nuire qu'en nuisant lui-même à un tiers : il se procurera une arme en usant de violence envers celui qui s'en trouve porteur, en arrachant un bâton d'une clôture, en enfonçant une porte de grange pour y saisir une faux ; il dirigera contre l'agresseur un coup qui risque d'atteindre un tiers placé dans la même direction, qui doit même certainement l'atteindre — fusil chargé à grenaille — ; le tir même d'armes à feu pourra être prohibé [1] ; ou bien il jettera par la fenêtre, au mépris des règlements de police, le pistolet chargé enlevé au fou qui le menace ; peut-être aussi que l'arme, se déchargeant d'elle-même en heurtant le sol, blessera un passant, etc. etc. Pour endiguer la rivière, nous prendrons des matériaux appartenant à autrui ; pour calmer les flots, le capitaine d'un navire dont la provision d'huile est épuisée — on connaît la curieuse propriété de ce liquide — défoncera les tonneaux dont le transport lui a été confié ; nous nous protégerons contre la pluie avec un parapluie enlevé à autrui. Quant à la lutte contre l'incendie, l'impuissance de l'individu laissé à lui-même est fait d'expérience et c'est pour cela que, même en l'absence de danger public — lorsque c'est une maison isolée qui brûle —, ses concitoyens lui porteront d'eux-mêmes secours ; mais nous avons montré par quelques exemples que le propriétaire de l'immeuble n'en pouvait

[1] Cf. Cass. 28 juillet 1855, n° 269, rapporté par Blanche, 2e Etude, p. 366 : un propriétaire tue d'un coup de fusil une poule qui s'est introduite dans son jardin ; le tribunal de police l'acquitte, la Cour casse le jugement.

pas moins être réduit à des actes préjudiciables à autrui, que l'organisation même des secours par les pompiers pouvait les nécessiter. — Dans le cas de conflit de devoirs (p. 26-8), la légitime défense n'est jamais possible qu'au prix d'un acte nécessaire : un seul individu se trouve alors dans l'obligation d'empêcher à la fois deux maux (l'unique pompe d'un village a deux incendies à éteindre), d'accomplir deux actes de légitime défense ; il n'en accomplit qu'un et, négligeant l'autre, cause un mal par inaction.

Il se peut ensuite que mettre notre ennemi — homme, animal ou chose — hors d'état de nuire nous soit absolument impossible, quoi que nous fassions ; nous nous déroberons alors à l'attaque, ou nous bornerons à en détourner les effets : nous fuirons, nous frayant un passage aux dépens d'un tiers — incendie de théâtre —, ou à l'aide du cheval ou de la voiture d'autrui — d'une personne attaquée comme nous, peut-être, que nous laisserons exposée aux coups — ; le fait même de fuir peut nécessiter un délit d'omission [1]. Nous nous ferons un rempart d'une personne présente qui recevra le coup mortel [2]. L'homme qui se noie s'accrochera à une embarcation qui passe et la fera chavirer avec les personnes qu'elle porte ; l'affamé volera un pain pour apaiser sa faim [3].

En résumé, ce n'est pas par la cause du danger que se dis-

[1] A cet égard, il faut assimiler à la fuite le fait de rester chez soi pour ne pas s'exposer au danger (exemple du lion échappé d'une ménagerie, p. 17).

[2] Exemple aimé des vieux auteurs. Cf. arrêt du Parlement de Paris cité par Papon (liv. 22, tit. 5, n° 5 ; Jousse, Justice criminelle, 1771, III, p. 508).

[3] Ici l'agresseur ne fait qu'un avec l'assailli et ne pourrait être anéanti qu'avec lui : c'est la loi même de la vie, qui veut que l'inévitable dépense de force qui se produit dans l'être vivant soit réparée par l'alimentation. L'affamé sans aliments est dans une situation analogue à celle d'un homme qui ne pourrait éteindre ses vêtements en flammes qu'en se jetant dans une eau profonde où il se noierait, d'un malade qu'un remède mortel peut seul guérir d'une maladie mortelle.

tinguent l'acte de légitime défense et l'acte nécessaire proprement dit ; c'est par la manière dont ce danger est écarté. Le premier met hors d'état de nuire ce qui va causer le dommage injuste — homme, animal ou chose — et est en ce sens un acte de défense du droit, d'où son caractère de justice ; le second s'en prend à autre chose. On pourrait dire — la différenciation n'est pas absolument exacte — que la légitime défense est une *contre-attaque* (si elle reste strictement défensive, et ne fait aucun mal à l'agresseur, elle ne relève pas du droit pénal), l'acte nécessaire une pure *attaque*. Il se peut du reste fort bien que le même acte soit à la fois attaque et contre-attaque : ainsi le coup qui atteint et l'agresseur et un tiers innocent. Faisons observer enfin que si l'état de nécessité et l'état de légitime défense ont les mêmes causes, ce dernier naît en fait le plus souvent de l'attaque d'hommes ou d'animaux, parce que les simples choses n'attaquent guère, et que la défense contre les forces naturelles est un acte juridiquement irrelevant ; tandis que le premier naît aussi fréquemment de ces dernières causes que des premières. Un cas de nécessité à relever — on l'a souvent expressément distingué des autres —, c'est celui où le danger naît de menaces proférées dans le but de contraindre à un délit ; nous en avons donné de nombreux exemples, en supposant chez le provocateur le dessein d'exécuter les menaces, si l'on refuse d'y obtempérer. Le danger serait sans cela purement imaginaire.

15. *b*. L'homicide de l'agresseur injuste présente encore un autre caractère particulier : l'attaque qu'il rend vaine constitue une tentative de crime, dont la consommation, certaine si cela n'eût dépendu que de l'agresseur, l'aurait rendu passible d'une peine (selon les cas de la peine de mort) ; aussi chacun s'écriera-t-il, s'il est tué par l'homme qu'il voulait tuer : « Il l'a bien mérité ! » Ce n'est pas à l'individu assailli, sans doute, qu'il appartient d'infliger une peine, et, en fait, ce n'est jamais le but de

sa défense ; il songe à se sauver, non à jouer le rôle de justicier. Mais l'Etat ne peut s'empêcher de prendre après coup cette circonstance en considération. Elle ne se présente que lorsque l'agresseur est un homme susceptible d'être puni, c'est-à-dire agissant avec discernement et liberté ; non plus lorsque c'est un fou, un enfant ou un animal. Elle peut se présenter, par contre, dans des cas où celui qu'atteint l'acte nécessaire n'est point un agresseur, n'est point l'agent qui va causer le mal injuste à éviter : j'échappe aux coups d'un assassin en lui présentant comme bouclier l'individu qui m'a attiré dans le guet-apens. Cet individu a accompli jusqu'au bout sa tâche ; en le blessant, je ne me défends pas contre lui ; mais c'est par sa faute qu'a été amené l'état de nécessité où je me trouve, et je lui fais supporter les conséquences de cette faute. De même si, dans une bagarre de théâtre, je me fraye un passage aux dépens de celui qui a imprudemment crié au feu ; si, pour sauver un homme qui se noie, je m'empare, à l'aide de violences, du bateau de celui qui l'a jeté à l'eau et, naturellement, veut m'empêcher de le secourir ; si, poursuivi par un animal furieux, je me réfugie dans un enclos dont je ferme aussitôt derrière moi la porte trouvée ouverte, de peur qu'il n'y pénètre, laissant exposée à ses attaques la personne qui l'a imprudemment ou méchamment excité ; si l'individu auquel j'arrache la planche de salut — qui peut être ici une torche de sauvetage ! — fait chavirer l'embarcation que nous montions tous deux, dans le dessein de me noyer, ou même par une simple imprudence dont je le priais de s'abstenir. Dans tous ces cas, on peut nier qu'il y ait légitime défense, parce que l'individu lésé n'est certainement plus agresseur au moment de la lésion ; mais ce n'en sont pas moins des cas de nécessité privilégiés, sinon au même degré que les actes de légitime défense, du moins pour une des mêmes raisons.

16. Réunissant en une seule définition les deux caractères

spéciaux de l'*acte de légitime défense,* nous désignerons de ce nom l'*acte nécessaire qui lèse l'auteur du danger, c'est-à-dire soit l'agent — homme, animal ou chose — qui, actuellement, par sa manière d'être, menace lui-même d'une lésion (qui attaque), soit l'individu par la faute duquel est survenu l'état de nécessité.* Nous réserverons le nom d'acte nécessaire tout court à ceux des actes nécessaires qui ne présentent aucun de ces deux caractères; c'est à leur étude qu'est essentiellement consacré ce livre.

V

17. Notre sujet d'étude est exposé et circonscrit; il nous reste à justifier la dénomination que nous lui avons donnée. Le terme d'« état de nécessité » est en effet nouveau ; dans la langue juridique française de notre siècle du moins car il n'est que la traduction du latin « necessitas » et de l'allemand « Notstand », dont les italiens ont fait « stato di necessità », et, en France même, les criminalistes du siècle dernier — Muyart de Vouglans [1], Jousse [2] et autres — se servaient déjà du mot de « nécessité ». Nous voudrions que la science française l'adoptât [3]. Elle se sert aujourd'hui d'un terme inexact et in-

[1] Institutes au droit criminel, 1757, p. 553 : «Pareillement, lorsqu'on prend *par nécessité* et uniquement pour s'empêcher de mourir de faim, on ne tombe point dans le crime de vol. »

[2] Traité de la just. crim., 1771, IV, p. 256 : « la nécessité excuse aussi le vol » ; III, p. 508 : « par la nécessité de son salut ». Les auteurs du temps parlent aussi de nécessité dans le cas de légitime défense : v. en particulier Rousseau de la Combe, Traité des matières crim., 6e éd., 1751, p. 103 : « De l'homicide nécessaire. »

[3] M. R. Garraud, professeur à Lyon, dans son « Traité théorique et pratique » récemment publié — ouvrage de valeur, dont nous sommes heureux de saluer en passant l'apparition — parle déjà de nécessité tout en maintenant la rubrique de « contrainte morale » (I, 1888, p. 371, 373), et mentionne le terme italien de « stato di necessità. » Mais il prend ce mot

suffisant à tous égards, celui de « *contrainte morale* » : aux yeux des criminalistes français et belges, qui prétendent s'appuyer sur un article de leurs codes, la crainte d'un mal opprime la liberté ; l'homme qui agit sous la pression d'une menace, menace de mort surtout, est entraîné à l'acte avec une force irrésistible et c'est à ce titre qu'il doit rester impuni. Théorie singulièrement hasardée [1], et qui ne peut s'appliquer, quelque complaisance qu'on y mette, qu'à une faible partie des cas par nous énumérés. Ce terme de contrainte morale, confond donc « l'acte à désigner, fait constant auquel les théories ne peuvent rien changer, et son motif d'impunité, sujet des plus vives controverses. — Le terme d'« attaque légitimée », proposé par M. A. Gautier, professeur à l'Université de Genève, et qui ferait symétrie à celui de « légitime défense », présente le même inconvénient : il laisse entendre que l'acte est « légitime », opinion très discutable. Il ne faut pas préjuger la question à résoudre : c'est pour cela que nous ne disons pas nous-mêmes « délit de nécessité », mais bien « acte nécessaire ». Et, d'ailleurs, tous les actes nécessaires ne prennent pas la forme d'une attaque ; ainsi les délits d'inaction et la grande majorité des contraventions de police. — Le terme d'« état de nécessité », au contraire, donne l'idée d'un simple état de choses, sans préjuger les règles de droit auxquelles il doit être soumis.

Puis il met en lumière le trait caractéristique des actes dont il s'agit, leur caractère de *nécessité*. Le lecteur se récriera peut-être. « Ces actes ne sont pas nécessaires — dira-t-il — ; ils sont délictueux et commettre un délit ne saurait être une nécessité ».

dans un autre sens que nous : c'en est, sinon le sens philosophique, du moins le sens absolu et un peu vague de « ce qui s'impose irrémissiblement » (Littré, au mot « Nécessité » 2°). Et il ne l'applique pas aux cas où le danger provient de menaces, suivant l'exemple de la science allemande de la première moitié de notre siècle et du code allemand actuel. Cf. Ortolan, Eléments, 1874, n. 363.

[1] V. partie II, ch. I, ci-dessous.

Cercle vicieux! ces actes ont certainement la forme extérieure de délits, tout comme le meurtre que perpètre un bourreau; mais l'opinion commune n'y voit pas de délits. Et nier leur nécessité, c'est méconnaître le sens que donne à ce mot le langage de tous les jours. Il n'est pas difficile de montrer l'analogie frappante de ce que nous appelons « cas de nécessité », en droit pénal, et des nombreux cas où, dans la vie ordinaire, nous parlons tous de « nécessité ».

18. Quand nous parlons de nécessité, nous ne prenons guère ce mot au sens absolu qu'il revêt en philosophie : le savant oppose la nécessité à la liberté ; c'est pour lui « ce qui fait qu'une chose ne peut pas ne pas être » [1], que, par exemple, la pierre abandonnée à elle-même tombe, que deux et deux font quatre. Le sens vulgaire est, au contraire, tout relatif : la nécessité est la qualité de ce qui est nécessaire, c'est-à-dire de « ce qui doit être pour que quelque (autre) chose soit ou se fasse [2] ». Quand nous disons : « Votre présence à cette réunion est d'une absolue nécessité », « la nécessité était venue de s'expliquer » ; quand nous parlons de la nécessité de boire ou de manger, de prendre un remède, nous ne prétendons point que le contraire ne pourrait pas être. Nous pouvons ne pas manger et nous laisser mourir de faim ; mais ce sacrifice de la vie apparaît si absurde dans l'ordre naturel des choses que nous parlons de la nécessité de manger comme d'une nécessité absolue, sans faire entendre qu'elle dépend de la volonté de vivre. En qualifiant un acte de « nécessaire » — et de même par l'emploi des mots « il faut » — nous voulons seulement dire qu'il est commandé par une raison majeure, qu'il faut y recourir pour assurer un résultat que, par motif d'intérêt ou autre, nous jugeons devoir assurer. Ce n'est

[1] Littré, Dictionnaire de la langue française au mot « nécessité » 3°.

[2] Littré, au mot « nécessaire », 1°. Cf. Bescherelle, Dict. nat. : « Nécessaire. Dont on ne peut se passer, dont on a absolument besoin pour quelque fin. »

pas en lui-même qu'il est nécessaire, c'est en tant que moyen à une fin. C'est pourquoi il n'est rien qui soit toujours et partout nécessaire ; la nécessité d'aujourd'hui cèdera demain le pas à d'autres nécessités : un professeur va partir pour son cours ; survient un visiteur ; il s'excuse de ne pas le recevoir, alléguant qu'il est dans la nécessité de sortir. Le lendemain, son fils meurt : il ne donnera pas son cours, en vertu d'une autre nécessité. — De même en droit pénal, lorsque nous parlons de nécessité, nous ne songeons aucunement à parler d'impossibilité : le naufragé pourrait s'abandonner aux flots plutôt que de causer la mort de son compagnon ; et il le fera si ce dernier est un fils ou un ami. Celui qui va chercher son chapeau dans un champ de blé pourrait s'en aller nu-tête, au risque d'un refroidissement ; que, dans une partie de bateau, il tombe à l'eau, lui bon nageur, et il secourra son ami qui se noie, laissant son couvre-chef voguer d'un autre côté.

Autre analogie frappante entre notre terme technique et le langage ordinaire : en droit pénal, la signification propre de l'état de nécessité est d'exclure le délit ; dans la vie de tous les jours, c'est pour l'excuser que nous alléguons la nécessité d'un acte — l'excuser à nos propres yeux s'il exige un effort pénible, aux yeux d'autrui s'il en est lui-même blâmable. Nous ne dirons jamais nécessaire ce que nous faisons par plaisir : manger est de première nécessité, mais l'homme riche qui aime la bonne chère ne peut parler qu'en riant de cette nécessité, parce qu'il se met à table dans un tout autre but que pour y satisfaire. Nous ne qualifions de nécessaire que ce que nous ne ferions pas sans son caractère de nécessité : Tèterol fils, chassé de la maison paternelle, fait des haltères dans sa mansarde, pour combattre le froid [1] ; il s'en dispensait chez son père. Un autre, de caractère moins accommodant, s'achètera de quoi se chauffer

[1] Victor Cherbuliez, « L'idée de Jean Tèterol ».

avec l'argent dû à un ami, qu'il lui coûte cependant de désobliger. Et le paysan pauvre, qui voit grelotter ses enfants, ira couper du bois dans la forêt voisine, si le propriétaire lui en refuse l'aumône; c'est peut-être un honnête homme auquel l'idée seule du vol faisait horreur. C'est à contre-cœur que tous trois agissent ; tout au plus Têterol a-t-il le droit de dire qu'il fait contre mauvaise fortune bon cœur. Acte désagréable, acte blâmable, acte criminel : la transition de l'un à l'autre est insensible. Chacun de nos hommes use de l'unique moyen qu'il ait de combattre le froid, parce que la nécessité l'y réduit ; il se garderait bien d'y recourir sans cette nécessité.

Faisons remarquer à ce propos que l'excuse que, dans la vie ordinaire, nous basons sur la nécessité présente un caractère particulier, de nature à jeter quelque lumière sur l'acte nécessaire du droit pénal. En l'alléguant, nous faisons appel à la justice plus qu'à l'indulgence; nous demandons qu'on nous approuve et non qu'on nous pardonne. Nous ne cherchons pas à faire comprendre une faiblesse envers laquelle les autres hommes n'ont pas le droit de se montrer sévères, parce qu'ils l'auraient eue à notre place. Non pas ! appliquant l'adage « la fin justifie les moyens », nous présentons l'acte, blâmable en lui-même, comme justifié par le fait qu'un intérêt majeur le commande. C'est ainsi que nous justifions le mensonge fait à un malade dans la crainte qu'une grave nouvelle ne lui cause une émotion qui aggraverait son état : c'est par nécessité que nous mentons ; il n'en est pas ainsi de l'enfant qui cache sa conduite pour ne pas être châtié, si excusable soit son mensonge. Et le juge rirait au nez du prévenu qui s'innocenterait d'avoir empoisonné un chien de garde, en déclarant qu'il était dans la nécessité de s'en débarrasser, pour accomplir librement le vol dans l'exécution duquel il a été arrêté [1].— Pour pouvoir être qualifié de néces-

[1] Article 454, C. P. 1810 : « Celui qui aura, *sans nécessité*, tué un animal domestique. . . »

saire, l'acte blâmable de sa nature doit donc être détourné de sa signification ordinaire, en tant que moyen à une fin qu'il est dans la nature des choses de rechercher. Condition que remplissent certainement les actes délictueux que nous étudions ; dans le cas de la *Mignonnette*, par exemple, le meurtrier ne tue que pour éviter la mort, et c'est là le plus louable des buts que puisse poursuivre l'homme en tant que membre du corps social : la première tâche de la société n'est-t-elle pas d'assurer la sécurité des individus en détournant d'eux les dangers qui les menacent ? Et il agit dans un intérêt qui doit lui sembler majeur : sa propre existence est en jeu — par un égoïsme facile à comprendre, il y attache plus d'importance qu'à celle d'autrui — et, avec elle, celle de deux autres compagnons.

19. Le mot de « nécessité », enfin, est usité dans un autre sens qui, lui aussi, justifie l'emploi que nous en faisons : être tombé dans la nécessité, c'est se trouver dans le besoin, dans une situation malheureuse, dans un embarras pressant ; « nécessité » est ici synonyme de « détresse ». A cet égard, ce dernier mot serait même préférable, comme plus précis, car il signifie souvent « danger imminent [1] », et c'est bien là ce qui caractérise la situation dont il s'agit ; nous pourrions dire du bien sauvé par l'acte nécessaire qu'il est « en détresse [2] ». Mais le mot de « nécessité » n'en reste pas moins le meilleur, soit à cause de l'usage de la langue que nous avons mis en lumière, soit parce qu'il fait partie de toute une famille de mots, ce qui nous permet de désigner sans périphrases l'acte qui sort l'individu de détresse : « acte nécessaire », et l'individu qui éloigne la détresse de lui-même ou d'autrui : le « nécessité » — le verbe

[1] Bescherelle, au mot « détresse » ; Littré, au mot « détresse », 2°.

[2] L'allemand « Not », dans le mot composé « Notstand », signifie essentiellement « détresse » et non point « nécessité », au sens que nous avons développé. « Nécessité » comprend les sens de « Not » et de « Notwendigkeit ».

« nécessiter » signifie « réduire à la nécessité de faire quelque chose » et aussi « rendre nécessaire [1] ».

20. Ainsi, par l'emploi du mot « nécessité », dans le langage vulgaire, nous laissons entendre qu'un embarras pressant réduit un individu à commettre un acte en lui-même blamâble, mais à contre-cœur, dans un but moral et licite, et dans un intérêt qui lui semble majeur. Les actes que nous étudions présentent certes tous ces caractères ; c'est donc à bon droit que nous les disons commis en « *état de nécessité* ». Nous espérons que la science française accueillera favorablement cette dénomination nouvelle ; toute science a besoin de termes techniques qui présentent à l'esprit une idée claire et puissent être adoptés de tous, parce qu'ils désignent une chose et non l'opinion que s'en fait tel ou tel théoricien. Heureuses les sciences qui, comme la chimie, ont pu se forger de toutes pièces une langue précise et dont la clarté prévient toute confusion.

21. Cette introduction a été longue ; elle aurait pu être brève, eussions-nous écrit en Allemagne, ou en Russie, où la notion de l'état de nécessité a déjà été clairement posée, parfois, il est vrai, sans toute la largeur désirable. Nous n'aurions eu qu'à la rappeler et à corriger sur quelques points seulement nos devanciers ; en pays français, il fallait l'exposer de toutes pièces et sous une forme telle que son exposition en impliquât la preuve.

L'état de nécessité défini, il s'agit d'entrer dans le corps même du sujet. L'histoire des législations et de la doctrine fera comprendre l'imperfection des lois actuelles et pourquoi le dé-

[1] Littré, aux mots « nécessiter » et « nécessité, ée. » — Le terme d' « acte nécessaire » semble avoir été en usage, car Bescherelle le cite en l'interprétant conformément à la théorie de contrainte morale : « Acte nécessaire : celui qui est à la vérité produit par la volonté, mais en vertu d'une impulsion à laquelle elle ne peut résister. »

veloppement d'une théorie juste a été si tardif — il n'est dû qu'aux récents et multipliés efforts de la science allemande —. La critique approfondie des doctrines émises déblaiera le terrain sur lequel doit s'édifier notre propre théorie, nous en fournira la base et les matériaux.

Dans les pays germaniques et depuis une trentaine d'années, les criminalistes ont étudié avec prédilection la question de l'état de nécessité ; de nombreuses monographies y ont été consacrées, au nombre desquelles il faut citer : en première ligne, celles de *Janka* (der strafrechtliche Notstand, Erlangen, 1878, VIII et 264 p.) et de *Stammler* (Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes, Erlangen, 1878, VIII et 82 p.) ; en ce qui concerne la théorie seulement, celles de *Berner*, de *von Buri*, de *Rotering*, et de *Binding* dans son «Handbuch» [1]. Nous les avons largement mises à contribution ; mais nous tenons à dire que nous sommes toujours remontés aux sources et, en ce qui concerne surtout l'histoire, nous avons eu lieu de nous en féliciter.

[1] Voir notre liste bibliographique ; les ouvrages qui y figurent ne seront cités qu'en abrégé, d'abord par leur nom, puis par les mots « op. cit. ».

Première partie

LÉGISLATIONS ET DOCTRINE DE L'ANTIQUITÉ AU XIXe SIÈCLE

CHAPITRE Ier

PEUPLES ANCIENS

1. *Inde.* Les lois de Manou contiennent quelques passages intéressants. « X, 104 : Celui qui, se trouvant en danger de mourir de faim, reçoit de la nourriture de n'importe qui n'est pas plus souillé par le péché, que l'éther subtil par la boue. 105 : Adjigarta étant affamé fut sur le point de faire périr son fils Sounahsépha ; cependant il ne se rendit coupable d'aucun crime, car il cherchait un secours contre la famine. 108 : Viswâmitra, qui cependant connaissait parfaitement la distinction du bien et du mal, succombant de besoin, se décida à manger la cuisse d'un chien qu'il avait reçu de la main d'un Tchandâla (cf. 106-7). — XI, 16 : Un Brâhmane qui a passé six repas ou trois jours sans manger doit, au moment du 7e repas, soit le matin du 4e jour, prendre à un homme dépourvu de charité de quoi se nourrir pendant la journée, sans s'occuper du lendemain (cf. 17-8). XI, 21 : Qu'un roi juste n'inflige aucune amende à cet homme qui dérobe ou prend par force ce qui lui est nécessaire pour un sacrifice ; car c'est par la folie du prince qu'un

Brâhmane meurt dans le besoin (cf. 11-5). V, 27 : Que le Dwidja mange de la viande. . . quand sa vie est en danger (cf. V, 33 ; XI, 158). — VIII, 104 — à propos du faux témoignage — : « Toutes les fois que la déclaration de la vérité pourrait causer la mort d'un Soudra, d'un Vaiçya, d'un Kchâttriya ou d'un Brâhmane, s'il s'agit d'une faute commise dans un moment d'égarement et non d'un crime prémédité, le mensonge est préférable à la vérité. [1] »

Les délits les plus divers sont donc justifiés : acceptation de présents (crime pour un brâhmane), fait de manger des aliments interdits, vol, faux-témoignage, homicide même (X, 105 ?). Le bien à sauvegarder est la vie ; dans un cas, l'intérêt religieux à l'accomplissement d'un sacrifice. L'idée qui guide Manou semble la même qu'exprimera nettement le droit canon : la nécessité n'a pas de loi, mais se fait elle-même sa loi ; car, d'une manière générale, il soumet le « temps de détresse » à des règles spéciales, autorisant alors des actes sévèrement interdits d'ordinaire (livre X ; XI, 28 ; X, 83, 85, 103). D'autres considérations entrent aussi parfois en jeu : le vol par nécessité est considéré comme l'infliction d'une peine au volé — Manou recommande de dérober aux « méchants » (XI, 19, 15) —, et le Brâhmane est traité en privilégié. Le nécessité, du reste, n'est pas simplement excusé : il est justifié ; le seul coupable, c'est celui auquel est due sa détresse (XI, 21).

II. *Judée.* Nous citerons à propos du droit germanique et de la doctrine du moyen-âge plusieurs passages du Talmud concernant l'état de nécessité. Sur l'homicide nécessaire en particulier, il y avait controverse entre les rabbins : le traité Baba Metsia [2] parle de deux voyageurs sans vivres égarés dans le

[1] Trad. Loiseleur-Deslongchamps. Sur ce dernier cas — disposition analogue dans les lois modernes —, *Thonissen*, Etudes sur l'hist. du droit crim. des peuples anciens, 1869 ; I, p. 29.

[2] P. 62 a, cité par Stammler, op. cit. p. 7. Le traité Pesahim, p. 25 b,

désert et dont l'un possède une bouteille d'eau qui, partagée, ne les sauvera pas, attribuée à un seul d'entre eux lui donnera la force de sortir du désert. Quel est le devoir du propriétaire de la bouteille? Ben Petora veut « qu'ils meurent tous deux »; R. Akiba déclare au contraire que « la conservation propre doit passer avant celle d'autrui ». Il s'agit là du devoir de sauver notre semblable, devoir que n'imposent pas les lois modernes; dans un autre passage, il s'agit de véritable homicide [1]: « Hanina dit : une Misna nous enseigne qu'il est interdit de recourir au meurtre pour guérir, puisqu'il est dit: en cas de couches trop pénibles pour la femme, on recourt à l'opération césarienne; si la majeure partie du corps de l'enfant est sortie du sein maternel, il n'est plus permis d'y toucher, malgré le danger que court la mère : *car on ne risque pas la vie d'un être (même d'un enfant) pour en sauver un autre...* » Mais, « cela ne prouve rien, dit R. Yossé ben Aboun au nom de R. Hisda, car on ne sait lequel peut provoquer la mort de l'autre (de la mère ou de l'enfant). » L'homicide nécessaire est donc déclaré coupable; mais la remarque de ben Aboun est profonde : l'acte dont s'agit est, peut-être, non un simple homicide nécessaire, mais un acte de légitime défense. N'est-ce pas l'enfant qui met en danger la vie de la mère? Question délicate, discutée encore aujourd'hui. La sage-femme peut du reste, pour sauver la vie de la mère, déchirer l'enfant qu'elle porte dans son sein ; on ne le considère sans doute pas encore comme un homme [2]. — Disons enfin que la contrainte est, d'après Maïmonide (Moré Nebochim, III, c. 41), un motif d'impunité; mais il ne s'agit là que de contrainte physique (l'exemple donné est celui de la jeune fille violée).

parle d'un cas de menaces, mais sans toucher la question de faute. (*Göb*, Bemerkungen zur Lehre vom Nothstand, 1878, p. 5).

[1] Traité Schabbath, ch. XIV, trad. Schwab, IV, p. 156.

[2] Mischnach, Oholoth, VIII, 6, d'après Thonissen, op. c. II, p. 195.

III. *Grèce.* Les renseignements manquent sur le droit grec [1]. Mais on sait que les Grecs considèrent comme l'œuvre de la fatalité, et non de la volonté humaine, les actes auxquels entraine la nécessité cruelle (*στερρὰ, κρατερὴ, δεινὴ ἀνάγκη*). Les historiens et les orateurs les excusent ; deux passages de Thucydide surtout sont significatifs [2] : l'un d'eux rapporte la réponse des Athéniens aux Béotiens se plaignant de ce qu'ils profanaient le temple d'Apollon à Délion : IV, 98, n. 5-6 : *Ὕδωρ* (l'eau réservée aux sacrifices, dont les Athéniens font un usage profane) *τε ἐν τῇ ἀνάγκῃ κινῆσαι, ἢ οὐκ αὐτοι ὕβρει προσθέσθαι, ἀλλ' ἐκείνους προτέρους ἐπὶ τὴν σφετέραν ἐλθόντας γῆν ἀμυνόμενοι βιάζεσθαι χρῆσθαι. Πᾶν δ' εἶκος εἶναι τὸ πολέμῳ καὶ δεινῷ τινὶ κατειργόμενον ξυγγνωμόν τι γίγνεσθαι καὶ πρὸς τοῦ Θεοῦ. Καὶ γὰρ τῶν ἀκουσίων ἁμαρτημάτων καταφυγὴν εἶναι τοὺς βωμούς, παρανομίαν τε ἐπὶ τοῖς μὴ ἀνάγκῃ κακοῖς ὀνομασθῆναι, καὶ οὐκ ἐπὶ τοῖς ἀπὸ τῶν ξυμφορῶν τι τολμήσασιν.* L'autre reproduit un discours de Cléon, montrant que les Mityléniens sont sans excuse de s'être révoltés : III, c. 39, n. 2 : *οἵτινες ὑπὸ τῶν πολεμίων ἀναγκασθέντες ἀπέστησαν, συγγνώμην ἔχω* (cf. c. 40 : *ξύγγνωμον δ' ἐστι τὸ ἀκούσιον*). — Deux vers de l'Hippolyte d'Euripide expriment l'idée que la nécessité n'a pas de loi :

Ἐγώ γε φημὶ, καὶ Νόμον γε μὴ σέβειν
Ἐν τοῖς δεινοῖς τῶν ἀναγκείων πλέον.

[1] Thonissen, Droit pénal de la républ. athénienne, 1875, est muet.

[2] V. aussi Isocrate, Plat. c. 12 ; Démosthène, Stephan. p. 616 B, Aristocrat. p. 449 B ; Xénophon, justifiant ses propres pillages (*ἀνάγκῃ λαμβάνομεν τὰ ἐπιτήδεια*) : Anabasis, V, 5, n. 16 ; Diodore, XIII, 27.

CHAPITRE II

DROIT ROMAIN [1]

I. On a, non sans raison, accusé le science romaine, qui s'est consacrée au droit avec la sollicitude d'une mère, de n'avoir été pour le droit pénal qu'une marâtre. La faute en est moins aux jurisconsultes qu'aux circonstances : le droit criminel de Rome s'est développé d'une façon malsaine, dans la dépendance des mouvements politiques et par une série de lois isolées dues aux seules exigences du moment. Le corpus juris de Justinien lui-même n'a point réuni ces lois diverses en un véritable tout ; il n'en a pas supprimé les contradictions, ni comblé les lacunes, de sorte que nous chercherions en vain à édifier, avec les matériaux que nous offre la mine du reste si riche des Pandectes, un système harmonieux et complet de droit pénal. Il ne faut donc point nous attendre à voir nos sources exposer clairement les principes de l'état de nécessité ; d'autant moins qu'elles consacrent à notre sujet un nombre forcément restreint de passages : peuple pratique, les Romains devaient accorder une moindre attention à un cas dont la vie offre relativement peu d'exemples.

[1] Voir surtout *Pernice*, Labeo, II, 1878, p. 16-20; *Binding*, Normen, II, 1878, p. 292-6 et Grundriss, 3e A., 1884, § 81 ; *Stammler*, op. c. p. 7-16 ; *Janka*, op. c. p. 43-9, 31-3, 199-200, 204 ; *Göb*, op. c. p. 4-7 ; *Lehmann*, civilrechtliche Wirkungen des Nothstandes, in Ihering's Jahrbücher, XIII, p. 215-50 ; *Luden*, Abhandlungen, II, p. 511-2 ; *Rein*, Criminalrecht der Römer, 1888, p. 143, 152 ; *Windscheid*, Pandekten, II, 6e A. 1887, p. 751.

Il nous faut aussi nous garder de donner aux principes formulés par nos sources une signification absolue, indépendante des cas auxquels ils s'appliquent et qui en donnent la mesure; tentation à laquelle succombe facilement celui qui s'occupe d'une question spéciale, dont il connaît les moindres détours [1]. Tout au plus pouvons-nous, dépassant les Romains eux-mêmes, découvrir ce qu'ils auraient dit, si la solution des problèmes qui nous préoccupent eût été demandée à leur sagacité. — Nous écartons d'ailleurs d'emblée deux fragments qui semblent à première vue poser un principe en matière de nécessité : l. 176 D. de R. J. (50.17), Paul, « Infinita aestimatio libertatis est et necessitudinis » ; et l. 162 eod. « Quae propter necessitatem recepta sunt non debent in argumentum trahi. » En effet, les mots « necessitas », « necessitudo » ont un tout autre sens que celui de « nécessité » dans l'expression technique « état de nécessité » ; ils désignent généralement dans les Pandectes « ce qui doit être », dans le domaine moral comme dans le domaine physique. Il n'y a plus nécessité dès qu'intervient la volonté libre de l'homme poursuivant un but [2].

Un grand nombre des passages que nous citerons n'appartiennent même pas au droit criminel proprement dit ; les plus importants concernent le droit civil, mais une partie du droit civil romain fortement empreinte d'un caractère pénal, celle qui traite de la réparation du préjudice. Cette réparation revêt à Rome une signification pénale, car son montant s'élève jusqu'au quadruple du dommage et elle dépend aussi strictement de la faute de l'auteur que de nos jours l'application de la peine. Aussi pouvons-nous dire qu'en dispensant le nécessité de l'obligation à

[1] Nous songeons à ces mots d'Ulpien « ignoscendum ei qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluit », sur lesquels Janka s'est appuyé pour attribuer au droit romain sa propre théorie de la nécessité.

[2] V. les passages cités par *Heumann*, Handlexikon der Quellen des römischen Rechts, 1879, 5e A., aux mots « necessitas » et « necessitudo ».

réparation, le droit romain voit dans la nécessité un véritable motif d'impunité[1].

II. Il semble que les Romains ont dû, plus qu'aucun autre peuple, être indulgents à l'action individuelle dans la nécessité, qu'ils ont dû même reconnaître comme un droit de l'individu la protection de sa personne ou de ses biens, dans le cas d'une détresse dont ne peut le tirer le secours de l'État. Le trait dominant du caractère romain n'est-il pas la conscience de sa force ? ne puise-t-il pas sa notion du droit dans l'idée de la force active de l'individu ? « Le premier germe du sentiment juridique à « Rome — dit Ihering[2] — est le sentiment de la raison *propre* « fondée sur la conservation des forces propres, et tendant au « maintien de celles-ci. Ce que l'homme a conquis à la sueur « de son front ou au prix de son sang, il veut le conserver. » Ce sentiment du droit propre ne va-t-il pas chez le Romain, jusqu'au dédain du droit d'autrui ? L'histoire des origines de Rome en est la preuve (histoire légendaire, sans doute, mais toute légende est le miroir fidèle du caractère d'un peuple) ; c'est celle d'un perpétuel état de nécessité, depuis l'enfantement criminel de Romulus par une Vestale cédant aux menaces d'un dieu, jusqu'à la reconnaissance de l'égalité civile de tous les Romains, à laquelle, par ses retraites sur le Mont-Sacré, la plèbe révoltée contraint les patriciens, en passant par l'enlèvement des Sabines, acte de violence auquel, désireux de laisser une postérité, sont réduits les premiers citoyens de Rome, par suite de leur isolement[3].

[1] Lehmann, l. c., est seul à contester que le droit romain (encore en vigueur en Allemagne, où la question conserve une importance pratique) exclue la réparation en cas de nécessité ; mais il reconnaît qu'il l'exclut *en tant que basée sur le délit* de l'auteur du dommage (p. 223) et insiste sur le caractère tout pénal de cette disposition du droit civil : c'est le point important pour nous.

[2] Esprit du droit romain, trad. Meulenaere, 2e éd., 1880, I, p. 110.

[3] Un cas de nécessité peu connu est rapporté par Festus, v. Sexagena-

Le droit romain n'a pourtant reconnu qu'assez tard — au commencement du IIIe siècle — la signification juridique de la nécessité. Les familiers de la littérature latine en seront doublement étonnés, sachant que les écrivains de l'époque classique s'étaient déjà attachés à la faire ressortir ; ils se rappelleront les passages nombreux où les historiens et les poètes répètent les paroles des Grecs sur la toute-puissante « *ἀνάγκη* »[1] et, surtout, ceux que lui consacrent les rhéteurs et les philosophes, en première ligne Cicéron. Orateur, Cicéron justifie plus d'une fois ses clients en décrivant la nécessité dont ils ont été victimes, « vis, ut ait poëta noster, quae summas frangit infirmatque opes »[2]. Rhéteur, il recommande — et les autres rhéteurs avec lui — de recourir, pour justifier un accusé, soit à la *purgatio* par l'argument de *necessitudo* — ce mot désigne essentiellement, il est vrai, la contrainte physique, mais aussi la pression morale exercée par la crainte d'un mal[3] — ; soit à la *conparatio*, qui consiste à montrer que l'individu s'est trouvé dans la nécessité de choisir entre deux maux : « C. Popillius, enveloppé par les Gaulois et ne pouvant s'échapper d'aucune manière, entra en négociations avec les généraux ennemis, qui lui permirent de se

rios : Après la retraite des Gaulois, il fut décidé de jeter tous les vieillards au Tibre, pour qu'ils ne mangeassent pas le pain nécessaire aux défenseurs de la République. Cf. Niebuhr, Röm. Geschichte, II, 1812, p. 286-7.

[1] Horace, Odes. I. 35, II. 24. Tite-Live, 1, l. 5, c. 20, n. 5 « ne appellarent consilium quae vis ac necessitas appellanda essent » ; l. 9, c. 4. discours de Lentulus. Velleius Paterculus, II, 23, sur les Athéniens assiégés par Sylla. Tacite, Ann. XIV, 14 (Néron et les chevaliers romains), etc.

[2] Il s'agit de la crainte, pour un homme endetté, de perdre tout espoir de recouvrer sa fortune : pro Rabirio Post. c. 10-1. Cf. pro Ligario, c. 2 : « quod si est criminosum, necessitatis crimen est, non voluntatis », et pro P. Quinctio, c. 2.

[3] De Invent. I. 14, II. 24, 31-2 et 57-8 ; partit. orat. 24 : « necesse autem id est sine quo salvi liberive esse non possumus » ; de orat. III. 19.—Cornificius, rhetor. ad Herennium, I. 14-5, II. 16. 14. Cf. Sénèque le rhéteur, controv. 7, 2 ; Quintilien, decl. 260, 281.

retirer à la tête de son armée, s'il abandonnait ses bagages... Il partit avec son armée et abandonna ses bagages. On l'accuse de lèse-majesté »[1]: cet exemple rentre bien dans notre définition de l'état de nécessité. Philosophe enfin, Cicéron met en lumière dans son « de Finibus » (V, 11), la puissance de l'instinct de conservation : « quid est, quod magis perspicuum sit, quam non modo carum sibi quemque verum etiam vehementer carum esse? »; examinant les cas de nécessité au point de vue moral, il ne condamne que timidement l'homicide nécessaire : celui qui préfère mourir plutôt que d'attenter à la vie d'autrui est un juste, mais c'est aussi un sot, dit-il dans sa République[2]. Et un autre philosophe, Sénèque, semble admettre que la crainte d'un mal fait disparaître la liberté de nos décisions : « Quum eligendum dico cui debeas, vim majorem et metum excipio, quibus adhibitis electio perit... Necessitas tollit arbitrium. »[3]

Comment donc expliquer que les jurisconsultes romains n'aient pas de tout temps vu dans l'état de nécessité un motif d'irresponsabilité? C'est que les écrits des philosophes n'exposent que des opinions individuelles et que les rhéteurs, recherchant avant tout le succès oratoire, se servent de l'argument de nécessité comme de beaucoup d'autres, à cause de sa force persuasive et non parce qu'ils sont eux-mêmes persuadés de sa vérité ; aussi les ouvrages de rhétorique qui le recommandent ont-ils bien soin d'indiquer à l'accusateur les moyens de le réfuter : « si qua necessitudo turpitudinem videbitur habere

[1] Ad. Her. I. 15. Cicéron, trad. Le Clerc, II.

[2] III, 15. Dans le « de Officiis » (III, c. 23 et 6), en stoïcien amateur de subtilités, il impose le devoir de se sacrifier à celui des deux naufragés auquel il importe le moins de vivre « vel sua, vel Reipublicae causa ». La solution est inapplicable, mais intéressante, parce qu'elle se base sur la différence de valeur des biens sociaux en présence.

[3] de Benef., c. 18. Il est vrai que l'insignifiance du devoir dont il s'agit (devoir de choisir ceux envers lesquels on s'oblige en en recevant des bienfaits) diminue la portée du passage.

— dit le « de Inventione » — oportebit per locorum communium implicationem redarguentem demonstrare quidvis perpeti, mori denique satius fuisse, quam ejusmodi necessitati obtemperare. » Il en est de l'état de nécessité comme du droit de légitime défense ; Pernice (l. c.) a établi qu'il ne fut pas toujours reconnu à Rome dans toute sa largeur et qu'on a eu tort de se laisser prendre à la belle période du « pro Milone », où Cicéron en parle comme d'une « non scripta, sed nata lex, quam ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus », phrase qui cherche à convaincre et n'est pas que l'écho du sentiment des juges. Il y a donc loin de l'argument de nécessité des rhéteurs à une règle juridique. D'autant plus — et c'est la vraie raison de ces contradictions — que tout droit primitif a horreur des exceptions, et ç'a été le cas du droit romain plus que de tout autre, car aucun n'a recherché davantage la rigidité des conséquences logiques. L'état de nécessité crée une exception aux règles et toute règle prétend d'elle-même à une valeur absolue ; ce n'est que lentement que la théorie se résout à y admettre des dérogations, ce dont l'histoire même de l'état de nécessité est une preuve. Nous verrons plus loin que même la force majeure n'a pas été d'emblée mise au rang d'une exception.

III. Voyons comment le droit romain en vint à reconnaître la signification juridique de la nécessité. Quelques fragments d'Ulpien nous ont conservé la trace d'une intéressante évolution, à propos d'un cas de nécessité fréquent à Rome, du jour où l'augmentation de la population fit élever et agrandir les maisons, qui d'isolées devinrent contigües : pour préserver sa maison des flammes, un propriétaire démolit celle de son voisin, qui le sépare du foyer de l'incendie [1]. Son état de né-

[1] Cf. Sénèque, controv. IV. 4 : « Necessitas est quæ navigia jactu exon erat ; necessitas est quæ ruinis incendia opprimit » C'est à nos yeux un cas de légitime défense (v. p. 37) ; la défense précède l'attaque comme lors-

cessité exclut-il le dol, qui, seul, permet de donner contre lui l'action « de incendio » ou l'interdit « quod vi aut clam » ? supprime-t-il « l'injuria », dont l'absence priverait le propriétaire de la maison abattue de l'action de la loi Aquilienne en réparation du préjudice ? Voici les trois fragments d'Ulpien :

« L. 7 § 4, D. quod vi, aut clam (43, 24). Ulp. lib. 71 ad Edictum. Est et alia exceptio de qua *Celsus* dubitat, an sit objicienda : ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni injuria. *Gallus* enim dubitat an excipi oporteret : « Quod incendii defendendi causa factum non sit ? » *Servius* autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concendendum : si tamen quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, simpli [1] litem aestimandam ; si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni injuria actum foret, quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur, aeque perituris aedibus. »

« L. 3 § 7, D. de incendio (47, 9). Ulp. lib. 56 ad Ed. Quod ait prætor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo (malo) damnum datum sit : nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod *Labeo* scribit, si defendendi mei causa vicini ædificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiæ judicium in me dandum ? Quum enim *defendarum mearum ædium causa fecerim, utique dolo careo.* Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit ? Non puto agendum : *nec enim inju-*

qu'on séquestre celui que va saisir un accès de folie furieuse. Plus d'un commentateur a pensé que c'était l'opinion du droit romain (Matthäus, de crimin., l. 47, t. 3, c. I. 4 ; Thibaut, l. c. p. 59) : Ulpien ne se sert-il pas du mot « defendere » ? Mais il n'y a pas là le « vim vi repellere » qui caractérise la légitime défense à Rome (v. p. 79).

[1] Schmidt lit : « simpliciter » ; Mommsen intercale avant simpli : « eum « quocum agatur quod vi aut clam damnandum in id quod interest, vel si « damni injuria cum eo actum esset... »

ria hoc fecit, qui se tueri voluit quum alias non posset. Et ita *Celsus* scribit. »

« L. 49 § 1, D. ad legem Aquiliam (9, 2) Ulp. libro nono disputationum. Quod dicitur damnum injuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno injuriam attulerit : *nisi magna vi cogente fuerit factum,* ut *Celsus* scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas ædes intercidit : nam hic scribit cessare legis Aquiliæ actionem : *justo enim metu ductus, ne ad se ignis pervenerit,* vicinas ædes intercidit, et sive pervenit ignis, sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliæ actionem cessare. »

Aquilius Gallus ne sait trop que répondre ; il pose la question sans la résoudre : « Dubitat ». Mais c'était déjà beaucoup que de soupçonner la signification juridique du danger. — *Servius* fait un pas en avant, et aussi un pas en arrière en faisant intervenir un point de vue étranger à la question : il accorde l' « exceptio » au magistrat et la refuse au particulier, sans doute parce qu'à ses yeux l'incendie cause un danger public, contre lequel le magistrat est seul appelé à prendre des mesures de sécurité générale : il peut s'agir de protéger contre les flammes toute une rangée de maisons, tout un quartier. Cependant, même contre le particulier, Servius n'accorde l'action qu'au simple, et non point au quadruple, comme dans la règle ; il veut même qu'il soit complètement absous, s'il est établi que la maison abattue, le défendeur n'y eût-il même pas porté la main, eût été détruite par le feu : alors il n'y a pas de dommage, ce qui exclut aussi l'exercice de l' « actio legis Aquiliæ »[1]. L'admissibilité de

[1] C'est ainsi que nous comprenons le passage avec Lehmann (l. c., p. 222-3), Stammler (p. 12 in f. « oder » et p. 13, 2°), et Pernice (p. 17), tandis que Binding (Normen, II, p. 294) applique au magistrat lui-même la distinction « si pervenisset ». Il nous semble qu'elle a une valeur indépendante de la qualité de l'agent. Le passage est du reste en mauvais état de conservation ; sous sa forme actuelle, notre interprétation est seule admissible, « si tamen » venant naturellement restreindre le « non esse idem concendendum » qui précède.

cette dernière distinction est douteuse, car, suivant l'opinion de Labéon qu'Ulpien cite à la fin du même § 4, l. 7 quod vi, la question d'existence du dommage doit être tranchée « non ex post facto, sed ex præsenti statu », d'après l'état des choses lors de l'acte dommageable, et non d'après ce qui s'est passé plus tard ; cette opinion, seule raisonnable, ne semble pas avoir jamais été contestée. Quoi qu'il en soit, il n'en est pas moins vrai que Servius, n'accordant jamais l'action qu'au simple, la borne à la pure réparation du préjudice et la dépouille de tout caractère pénal.

Labéon, lui, n'hésite pas à accorder l'action au quadruple (l. 3 § 7, de inc.). Comment concilier cette opinion avec celle qu'approuvé par *Proculus*, il émet dans un autre passage :

L. 29 § 3, D. ad. leg. Aquiliam (9, 2), Ulp. lib. 18 ad. Ed. Item Labeo scribit, si, quum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat aestimaverunt. Plane, si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum ».

Poussé par le vent et sans qu'il y ait faute des matelots, un vaisseau s'est embarrassé dans les câbles d'ancre d'un autre vaisseau ou dans les filets de pêcheurs ; et, pour le dégager, l'on a dû couper câbles ou filets [1]. Labéon refuse au lésé l'action de la loi Aquilienne et toute action en réparation du préjudice [2], en se basant nous ne savons sur quels motifs et en contradiction avec sa propre décision, dans le cas d'incendie. Peut-être ne s'est-il pas aperçu de la contradiction ? Peut-être aussi n'y

[1] Janka, comprenant mal les mots qui suivent, ajoute que la même disposition s'applique aux filets du chasseur ou des oiseleurs.

[2] « *nullam* actionem dandam ». Ces mots sont catégoriques : Lehmann, l. c. cherche pourtant à établir qu'ils ne s'appliquent qu'à la loi Aquilienne !

faut-il pas voir une contradiction ; Labéon a pu être guidé par le sentiment de la diversité des deux cas : dans l'un, les biens en présence sont de valeur égale — deux maisons —, dans l'autre de valeur très inégale — navires, cordes ou filets — (Binding) ; dans l'un, l'intervention de l'homme n'est pas nécessaire, car le feu fera lui-même son œuvre, dans l'autre elle s'impose, navire et filets étant hors d'usage si on ne les dégage par l'adresse ou par la force : sa nécessité est même si évidente que Labéon n'a peut-être pas tant songé à l'acte nécessaire lui-même, qu'aux circonstances qui y contraignent : si c'est la « culpa nautarum », l'action de la loi aquilienne est donnée ; elle ne l'est pas si c'est la « vis ventorum », parce qu'il y a alors cas de force majeure[1].

Rien de surprenant du reste de voir Labéon n'accorder à la nécessité qu'une influence restreinte. C'est à peine si l'on reconnaît à son époque la signification de la force majeure et de la contrainte physique ; nous voyons, au premier siècle de l'empire, *Alfène* recourir à des explications subtiles dans un cas où il n'avait qu'à invoquer la force majeure[2], et de nombreux passages nous montrent qu'on reconnaît au second ou au troisième siècle seulement que la femme victime d'un viol ne doit pas être accusée d'infamie ni déclarée adultère[3]. C'est à la même époque que Celse et Ulpien viennent enfin proclamer l'effet dirimant de l'état de nécessité. *Celse* refuse au propriétaire de la maison abattue l'action de la loi Aquilienne : « nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, quum alias non posset » ; et il déclare expres-

[1] Pernice, op. cit. p. 17-8 et Lehmann, l. c., p. 222. émettent encore deux autres hypothèses.

[2] L. 15, D. de publ. (39, 4) : un navire obligé par la tempête de relâcher dans une île, en repart après les ides de mars, contrairement à la loi. Notre jurisconsulte allègue que ce n'est point là le véritable « départ! »

[3] L. 1 § 6 D. de Postul. (3, 1) : l. 40 pr. D. ad leg. Juliam de adult. (48, 5) : l. 14 § 7. eod. ; C. 20 C. ad leg. Juliam de adult. (9, 9) Valer. et Gall. — Cf. Ovide (Fastes II, 178), gourmandant Junon de se venger de Callisto.

« Quid facis ? Invito pectore est passa Jovem. »

sément qu'il importe peu que le feu soit ou non parvenu à l'endroit du dommage du moment que l'auteur a agi dans la juste crainte qu'il n'y parvînt. *Ulpien* adopte son argumentation et ajoute au sujet de l'action de incendio : « quum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim utique dolo careo ». L'opinion d'Ulpien semble avoir dès lors régné sans contestation ; les Basiliques ne conservent pas la trace de la controverse. Nous y lisons (LX, 3. Fabrot, t. VII, p. 62) : *Ὁ Ἀκουΐλιος ἄδικον ἐπιζητεῖ ζημίαν. Εἰ δέ τις ἐμπρησμοῦ γενομένου διὰ τὸ σῶσαι τὸν ἴδιον οἶκον καταστρέψει τὸν τοῦ γείτονος ἀργεῖ ὁ Ἀκουΐλιος εἴτε το πῦρ ἔφθασεν, εἴτε προεξβέσθη.*

III. Tel est le développement que nos sources nous permettent de poursuivre. Examinons maintenant le droit de Justinien. Le corpus juris, outre les passages déjà cités, nous en offre quelques-uns encore ayant également trait à des conflits de propriété :

« L. 14 pr. D. de praescriptis verbis, Ulp. lib. 41 ad Sabinum (19. 5). Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione : sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur. »

« L. 1 D. de lege Rhodia (14. 2) Paul sentent. lib. 2. Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est. »

Ainsi, celui qui en cas de tempête a jeté par-dessus bord les marchandises d'autrui, pour sauver les siennes, n'est tenu d'aucune action ; il dut en être ainsi de tout temps, chez tous les peuples, tant le jet à la mer est dans la nature des choses. Les Romains n'ont fait qu'adopter une loi étrangère et nos codes modernes le consacrent encore sous le nom de grosse avarie[1]. La loi rhodienne a pour objet de régler dans ce cas la répar-

[1] Code Comm. franç., art. 410, 301 ; all., 702, 708 ; ital. 645 ; néerl. 368.

tition du dommage ; le fait que tous ceux qui ont tiré profit du sacrifice des marchandises d'autrui doivent contribuer à sa réparation, n'enlève pas à ces passages leur signification, car ceci reste vrai, que l'auteur du jet n'est point tenu selon les règles générales sur la réparation du préjudice et qu'il peut préférer le salut de ses propres choses au salut de celles d'autrui.

On s'est appuyé sur ces fragments et sur les deux premiers de ceux que nous avons cités touchant le cas d'incendie pour attribuer au droit romain une théorie qui lui est certainement étrangère. Kritz [1] observa que, soit dans le cas d'incendie, soit dans celui de jet à la mer, la chose sacrifiée est exposée au même danger que la chose conservée à ses dépens, et crut pouvoir en déduire cette règle que « la propriété d'un individu peut être anéantie au profit de celle d'autrui, quand du reste la situation était telle que, sans ce sacrifice, les deux choses auraient péri ; il n'y a pas alors de véritable dommage ». C'est là la « ratio legis », qui ne peut être « cette autre proposition très sujette à caution et qui semble contredire à tous les principes philosophiques du droit, qu'il est permis de rejeter intentionnellement sur autrui le préjudice dont on est soi-même menacé par quelque cause accidentelle ». Kritz rappelle la règle que pose la loi 1 § 11 D. de aqua et aq. pluv. (39, 3) : « Prodesse sibi unumquemque, *dum alii non noceat,* non prohiberi » et en argumente a contrario (rien n'y autorise). Le criminaliste Luden [2] adopta cette opinion et lui donna une certaine vogue, mais elle est aujourd'hui abandonnée. Thibaut, le célèbre pandectiste, la réfute déjà [3] ; il fait remarquer que c'est précisément l'opinion du jurisconsulte Servius (l. 7 § 4 quod vi, cit.), rapportée par deux grands

[1] Exegetisch-praktische Abhandlungen, 1824, p. 79-100.

[2] Abhandlungen aus dem Strafrecht, II, 1840, p. 511-2. Cf. *Marquardsen*, Archiv des Criminalrechts, 1857, p. 402

[3] Selbstvertheidigung gegen fremde Sachen, Archiv f. civil. Praxis, VIII, p. 139-47. Cf. Pandektenrecht, 1te A. 1805, §§ 575-6, 272, 780; 9te A. 1846 §§ 60-1, 167, 245.

jurisconsultes classiques, Celse et Ulpien, qui la combattent et, déclarant expressément que l'action doit être refusée, que le feu soit parvenu ou non à la maison démolie, alléguent comme motif d'exception que l'auteur a agi « pour la conservation de sa chose, alors qu'il ne pouvait la conserver autrement », circonstance qui fait disparaître soit le dol soit l'injuria. Il est d'autant plus indubitable que Servius doit céder le pas à ses grands successeurs, que d'autres fragments du Digeste — ignorés de Kritz et de Luden — traitent de cas de nécessité où il n'y a pas danger commun, notamment la l. 29 § 3 ad. leg. Aquil., déjà citée. A quoi nous ajouterons que Servius lui-même reconnaît l'influence de la nécessité, bien qu'en fait le feu ne soit pas parvenu jusqu'à la maison démolie, puisqu'il réduit alors le montant de l'action du quadruple au simple, et que, comme nous l'avons fait observer, sa distinction est contraire au principe qui veut que le préjudice soit estimé d'après l'état des choses au moment de l'acte qui le cause.

Tous les passages cités jusqu'ici prennent en considération un danger ne menaçant que la propriété, non la personne de l'auteur ; on peut y ajouter la

« l. 14 § 1 D. quem. servitut. am. (8,6) Javolenus. Quum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet »,

obligeant le propriétaire voisin d'une route que les eaux ou quelque éboulement ont rendue impraticable à fournir un chemin sur son fonds, ce qui confère sans doute à tout individu le droit d'y passer sans s'exposer à une action en justice [1]. Quant à la

« l. 10 § 16 D. quae in fraude credit. (42,8) Ulp. Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam, et abstulissem ei quod mihi debeatur,

[1] Nous verrons que les principes de la nécessité sont à la base du droit de passage.

placet Juliani sententia dicentis multum interesse, antequam in possessionem bonorum ejus creditores mittantur, hoc factum sit an postea : si ante, cessare in factum actionem, si postea, huic locum fore »,

le droit qu'elle confère vis-à-vis du débiteur en fuite nous semble dériver des principes de la légitime défense [1], le danger ne naissant qu'au moment où le débiteur prend la fuite ; c'est un droit spécial [2] basé soit sur les rapports d'obligation entre créancier et débiteur, soit sur l'état de nécessité, qui justifie un acte de justice propre ordinairement frappé des peines sévères de la loi Julia de vi privata (l. 7, 8 D. ad leg. Jul. de vi priv. 48.7) [3].

IV. Le droit romain qui permet de léser autrui pour la protection de simples choses — et il est resté sur ce point supérieur à toutes les législations subséquentes, dont aucune n'a encore accordé à la propriété les prérogatives de la nécessité — a dû à plus forte raison autoriser cette lésion pour le salut de la personne. C'est ce que nous apprend la

« l. 1 D. de bonis eorum (48.21) Ulp. lib. oct. disputat. In capitalibus criminibus a principibus decretum est non nocere ei qui adversarium corrupit, sed in his demum quae poenam

[1] C'est l'avis de *Berner*, Nothwehrtheorie, p. 588-9 ; Contra *Wessely*, Befugnisse, p. 48 : *Stammler*, op. c., p. 10-1. L'acte du débiteur présente les caractères du détournement, non du vol.

[2] Binding, Grundriss, § 82 ; Lauterburg. Unerlaubte Selbsthülfe, Revue pénale suisse, 1889, p. 160.

[3] Faut-il voir un état de nécessité dans les lois 1 § 3, 4 et 2 pr. D. de periculo et comm. rei venditæ, Ulp.? Il s'agit du droit du vendeur de répandre le vin vendu, s'il a fixé un terme pour sa mensuration et son transvasement par l'acheteur, que ces opérations n'aient point été faites à ce jour et qu'il ait besoin du tonneau. Le droit du vendeur, qui n'est pas astreint à des dommages et intérêts, dérive soit de la faute de l'acheteur, soit avant tout de son propre état de nécessité.

mortis continent : nam *ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluit.* »

Un décret des princes a décidé, nous dit Ulpien, que l'individu en butte à une accusation capitale qui, pour y échapper, a corrompu son adversaire, doit rester impuni, car « il faut pardonner à qui sauve sa vie, quels que soient les moyens dont il use ». Le passage est intéressant [1], plus encore par le principe qu'il pose que par l'impunité qu'il accorde, car le délit visé présente peu de gravité ; mais le principe s'applique au premier chef au conflit de vies, dont traite du reste un autre fragment : [2]

« C. 2 C. ad leg. Cornel. de sicariis (9. 16) (Gord. Imp. a. 243). Is qui adgressorem *vel quemcumque alium* in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet. »

Il s'agit du meurtre d'un tiers innocent par un homme injustement attaqué ; c'est contre l'agresseur seulement que peut s'exercer le droit de légitime défense, et les mots « in dubio vitae discrimine constitutus », en appuyant sur l'exigence du danger de mort (un danger moins grave peut justifier la légitime défense), semblent montrer que les auteurs de la constitution ont reconnu que l'état de nécessité pouvait, à lui tout seul, excuser l'homicide du tiers. Jugement que confirme la l. 45 § 4, D. ad. leg. Aquil. (9. 2), où Paul distingue en termes très clairs le meurtre de l'agresseur et celui du tiers, ne dispensant que dans le premier cas de l'obligation à réparation du préjudice. L'homicide du tiers n'est donc point menacé de la peine crimi-

[1] Stammler dit qu'il n'y a pas état de nécessité parce que la corruption de l'adversaire n'est pas le seul moyen d'échapper à l'accusation : nous n'en voyons pas d'autre, à part l'exil volontaire, remède qui peut ne valoir guère mieux que le mal.

[2] Geyer, Lehre der Nothwehr, p. 57 ; Stammler, op. c., p. 11. Nous ne savons pourquoi Binding, Grundriss, p. 138-9, se refuse à rapporter les mots « vel quemcumque alium » à l'état de nécessité.

nelle de la lex Cornelia ; il n'entraîne que la réparation du dommage [1] et cette solution nous semble en tous points satisfaisante.

Mentionnons aussi un usage qui, en vue de la conservation de la vie fait déroger aux règles du droit de propriété ; Paul commentant la loi Rhodienne nous en parle à propos du choix des marchandises à jeter à la mer. Il faut conserver, dit-il, les objets destinés à la consommation « eo magis quod, si quanto (cibaria) defecerint in navigationem, quod quisque haberet in commune conferret » (l. 2 § 2 in f. D. de lege Rhodia 14.2). En cas de famine à bord, tous les aliments sont mis en commun ; le droit individuel de propriété est sacrifié au salut d'autrui.

Si la vie jouit de la faveur de la nécessité, de nombreux passages nous permettent d'accorder le même privilège à la liberté (le non-esclavage) et l'honneur de la femme. « Libertas inaestimabilis res » (l. 106 D. de R. J. 50. 17) ; « omnibus rebus favorabilior (l. 122, eod.) ; « servitutem mortalitati fere comparamus » (l. 209, eod.), nous disent Paul, Gaius et Ulpien [2] ; — « viris bonis (mulieri seu viro) stupri patiendi metus major quam mortis esse debet » (l. 8 § 2 D. q. metus causa, 4. 2), dit ailleurs Paul. Il est bien dans l'esprit romain de considérer à l'égal de la vie l'honneur et la liberté ; qu'on songe au suicide de Lucrèce et au meurtre de Virginie.

V. Nous avons à dessein passé sous silence un fragment dont

[1] Brunnenmeister, Quellen der Bambergensis, 1879, p. 183, tire cette conclusion du seul passage de Paul. sans songer à s'appuyer sur la constitution que nous citons. — On pourrait être tenté de nier que la l. 45 § 4 expose un cas de nécessité, parce que le meurtre du tiers n'y est pas un moyen d'échapper à l'attaque injuste, mais le résultat d'une imprudence commise à l'occasion de la défense ; mais l'acte de défense dans l'exécution duquel est commise l'imprudence est lui-même nécessaire. (v. ch. IV, § 2).

[2] Adde l. 176 § 1 D. de R. J. (50. 17) ; et l. 9 § 2 D. de statuliberis (40. 7) Ulp. « ... libertas pecunia lui non potest nec reparari. »

l'examen va donner l'occasion d'élucider une question intéressante : le droit romain a-t-il vu dans la contrainte une cause d'exclusion de la liberté et, conséquemment, de la responsabilité, comme de nos jours, la doctrine française basée sur l'article 64 du Code Pénal ? Dans la *contrainte physique* évidemment ; nos citations l'ont montré (v. p. 64). Mais il faut répondre négativement quant à la *contrainte morale,* quant à celle tout au moins qu'exerce le danger dont la présence cause l'état de nécessité. Le fragment auquel nous venons de faire allusion semble nous contredire ; citons-le :

« L. 16 § 1 D. de liberali causa (40. 12) Ulp. Si vi metuque compulsus fuit hic qui distractus est, dicemus eum dolo carere».

Il s'agit des hommes libres qui se font vendre comme esclaves pour escroquer à l'acheteur le prix de vente, par collusion avec le vendeur ; le prêteur leur refuse la « proclamatio ad libertatem », à laquelle ils auraient autrement droit, refus qui présente tous les caractères d'une peine. Cette peine sévère tombe, nous dit Ulpien, si, en jouant le rôle d'esclave, l'individu n'a cédé qu'à la violence et à la crainte. Mais le grand jurisconsulte ne souffle pas mot d'absence de volonté ou de liberté, non plus que de contrainte [1] ; il dit seulement : « celui qu'a poussé la violence ou la crainte *manque de dol* ». C'est l'intention criminelle, le « dolus malus » exigé ici (l. 14 eod.) qui disparaît, tout comme dans le cas d'incendie dont nous nous sommes occupés plus haut.

Allèguera-t-on les textes nombreux dans lesquels les Pandectes reconnaissent l'influence de la crainte sur la validité des contrats ? C'est ce que font la plupart des partisans de la théorie de contrainte morale, heureux de s'appuyer sur l'autorité des

[1] Quoi qu'en pense *Binding,* Normen, II, p. 283 : « unter dem Bann der Angst kann die Willensfreiheit vergessen und verloren gehen », mots qu'il illustre de la citation du fragment en question.

Romains [1], et notamment les auteurs français [2]. Ils se rendent coupables d'une étrange confusion entre la responsabilité en matière de contrats et en suite de délits. Les conditions de rescision des contrats, d'une part, d'impunité des délits, de l'autre, sont en effet de nature absolument différente. Le délit porte dommage, soit à un individu, soit au corps social, et s'en abstenir est un devoir imposé à tous les hommes ; s'engager par contrat n'est au contraire une obligation pour personne. Le motif d'interdiction du délit est l'intérêt d'autrui, intérêt social ou individuel, c'est-à-dire une considération étrangère à l'auteur ; le motif du contrat est au contraire l'intérêt du contractant, intérêt que l'exécution de la convention sert tantôt matériellement, comme dans les contrats à titre onéreux, tantôt moralement, comme dans la donation, où l'équivalent de l'abandon d'un bien est, pour le donateur, la satisfaction tirée de l'accomplissement d'un devoir ou le plaisir de faire plaisir à autrui. Pas de contrat sans équivalent à l'obligation contractée. Or, que se passe-t-il lorsqu'un engagement est pris sous l'effet de la crainte ? Un propriétaire menacé de mort vend dix mille francs une maison qu'il ne voulait céder qu'au triple : l'équivalent de sa prestation n'est plus la somme de trente mille francs, c'est celle de dix mille francs seulement, plus le soulagement que lui apporte la disparition d'appréhensions terribles, soulagement payé très cher, sans doute, mais librement acheté. L'intérêt qui pousse au contrat conclu sous l'empire de la crainte n'est donc que l'intérêt à la disparition d'un danger (ou à la cessation d'un mal) et, si ce danger a été causé précisément dans le but de contraindre l'in-

[1] L'erreur est commune chez les auteurs des derniers siècles ; dans notre siècle on la rencontre chez *Feuerbach*, Lehrbuch, 14e A., § 91 ; et, malgré l'observation de *Wächter*, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts, 1825, § 68, chez *Jarcke*, Handbuch, I, 1827, p. 83.

[2] *Sarrau de Boynet*, des Excuses légales, 1875, p. 9 ; confusion complète chez *Chauveau et Hélie*, Théorie du C. P., 4e éd., I, p. 572, d'après lesquels la l. 49 § 1, D. ad leg. Aquil. est une dérogation aux principes !

dividu à s'obliger, il est bien clair que l'engagement a perdu tout équivalent[1]. Proclamer la validité d'un contrat dont le seul but est d'écarter un pareil danger impliquerait donc contradiction. Commis sous l'empire de la crainte, le délit, au contraire, n'en reste pas moins délit, car la société, en imposant le devoir de ne pas le commettre, exige des individus qu'ils apportent une certaine force morale à l'accomplissement de ce devoir, qu'ils opposent toute la résistance possible aux mobiles entraînant à sa violation.

Il est bien un cas où l'on peut parler, en droit romain plus encore qu'en droit moderne, de contrainte morale, ou, mieux, d'absence de volonté intelligente et libre; mais ce n'est pas un cas de nécessité : c'est le cas où le délinquant ne fait qu'exécuter l'*ordre d'un supérieur*. A Rome, l'esclave est regardé comme l'instrument du maître, le fils comme l'instrument du père; ce n'est pas leur volonté propre, ni leur propre intelligence qui président à leurs actes : « Velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini », nous dit Ulpien (l. 4 D. de Reg. Jur. 50. 17). Ce qui constitue l'obéissance, n'est-ce pas en effet l'abdication de la volonté en mains de celui auquel on reconnaît le droit d'ordonner[2] ? De là l'impunité de l'inférieur, non seulement lorsqu'il a l'incontestable devoir d'obéir, mais, l'obéissance étant devenue en lui une habitude qui enlève à ses décisions toute indépendance, même lorsqu'il devrait regimber

[1] Le contrat est valable si la crainte est celle d'un mal indépendant de sa conclusion : ainsi l'engagement que prend vis-à-vis d'un tiers, dont il implore le secours, un homme sur le point de se noyer ou que des brigands menacent de mort. Son engagement a ici un sérieux équivalent. Cf. *Ihering*, Zweck im Recht, I, p. 15-7. L'article 1111 C. C. nous semble donc conçu dans des termes trop généraux.

[2] L. 37 D. Ad leg. Aquil. (9. 2) : « Si modo *jus imperandi* habuit (qui jussit) » ; l. 15 D. de lege Corn. de falsis (48. 10) : « *necessitas potestatis* » ; l. 1, l. 11 D. de his qui not. inf. (3. 2) : « jussu ejus in cujus *potestate* erat » ; l. 169 D. de R. J. (50. 17) : « ejus vero nulla culpa est, cui *parere necesse sit* ».

contre l'ordre de son supérieur, c'est-à-dire lorsque cet ordre est injuste, que son contenu est un délit. Mais les Romains ne vont cependant pas jusqu'à admettre que l'esclave (et à plus forte raison le fils) puisse aveuglément obéir lorsqu'il s'agit de délits vraiment graves : « Ad ea quae *non habent* atrocitatem facinoris vel sceleris ignoscitur servis, si dominis obtemperaverint » (Ulp. l. 157 D. de R. J. 50. 17). La pression de l'ordre ne peut alors qu'atténuer la responsabilité, et c'est l'avis d'Ulpien, qui, tout en soustrayant aux pénalités de la lex Cornelia l'esclave qui a tué par ordre de son maître, le déclare responsable du préjudice causé [1].

Mais ici intervient une considération nouvelle, étrangère à celle de l'ordre : l'esclave peut craindre que, s'il se refuse à obéir, son maître ne lui inflige une punition cruelle, soit parce que l'ordre est accompagné de menaces, soit parce que le maître a une réputation de cruauté ; il se trouve alors en état de nécessité. Ce semble être le point de vue de Celse lorsqu'il nous dit (l. 2 § 1 D. de noxal. act. 9. 4) : « Quasi ignoverit (lex Aquilia) servo qui domino paruit, *periturus si non fecisset* ». Il y a ici une transition facile entre deux motifs d'impunité d'une nature toute différente, transition dont nous verrons user les auteurs du moyen âge.

Nos sources nous permettent du reste [2] de suivre la trace, touchant l'influence proprement dite de l'ordre, d'un développement inverse de celui que nous avons signalé à propos de la nécessité : tandis que Celse dégage de toute responsabilité l'esclave homicide, Ulpien ne l'exempte plus que des peines de la lex Cornelia et, à la fin du IVe siècle, une constitution impériale n'hésite pas à le condamner aux mines, ne reconnaissant donc à l'ordre qu'une influence à peu près nulle. C'est que de siècle

[1] Cf. l. 17 § 7 D. de injur. (47. 10) et l. 2 in f. D. de noxal. action. (9. 4).

[2] Cf. l. 2 D. de noxal. act. (9. 4), les fragments d'Ulpien déjà cités et la C. 8 pr. C. Ad l. Jul. de vi (9. 12).

en siècle s'affirmait la tendance à reconnaître à l'esclave une personnalité, à y voir un homme et non plus une chose [1]. Le fait de ces deux développements parallèles et contraires, tendant, l'un à augmenter les prérogatives de la nécessité, l'autre à restreindre l'effet justificatif de la contrainte morale, nous semble significatif. Ici encore les Romains ont vu juste : la société doit, avec les progrès de la civilisation, exiger plus d'attention et d'effort des individus à l'égard de l'observation de la loi, et, d'un autre côté, attacher une importance sociale plus grande à la conservation des biens individuels.

L'idée que les menaces ou l'imminence du danger suppriment la liberté de la volonté est donc toujours restée étrangère au droit romain, de l'esprit duquel le célèbre « tamen coactus volui » de Paul est à cet égard l'expression adéquate.

VI. *Systématisation*. Jetons maintenant un coup d'œil d'ensemble sur les dispositions examinées isolément.

1. Nous constatons d'abord que tous les biens jouissent indifféremment de la faveur de la nécessité, la propriété comme la vie, et nous avons vu qu'il faut placer sur le même pied que la vie, l'honneur et la liberté. Mais,

2. Les conditions d'impunité varient suivant l'importance du bien protégé :

a) Il n'est pas de délit qui ne soit excusé lorsqu'il s'agit du salut de la vie et que l'intérêt suprême de la patrie n'est pas en jeu. « Ignoscendum ei qui sanguinem suum *qualiterqualiter* redemptum voluit », nous dit Ulpien répétant un décret des princes. Il est vrai que le délit pardonné est de peu de gravité, gravité encore atténuée par un système de procédure qui rabaisse le procès pénal au rang d'une lutte entre particuliers où, comme à la guerre, on ne recule devant l'emploi d'aucun moyen, hon-

[2] V. *Jousserandot*, l'Edit perpétuel, II, 1883, N°s 774, 1254 in f.

nête ou déshonnête ; que, si le principe est large, celui-là seul qui a songé à toutes les conséquences d'un principe en connaît la valeur et peut être rangé au nombre de ses partisans. Mais la valeur du principe ressort de la nature spéciale du cas ; l'auteur est tombé par sa faute en état de nécessité et c'est le devoir de tout criminel de se laisser juger, de sorte qu'aucun juriste n'hésiterait aujourd'hui à condamner l'accusé qui empêche la justice de suivre son cours. Puis d'autres passages excusent l'homicide nécessaire, en mettant l'accent sur le danger de mort qu'à dû courir l'auteur : C. 2, ad leg. Corn., cit. : « qui *in dubio discrimine vitae* occiderit » ; l. 2 § 1 D. de noxal. act., cit. (p. 74) : « *periturus* si non fecisset », faisant ainsi disparaître l'incertitude que pourrait laisser subsister le seul fragment d'Ulpien.

Dans le cas de « periculum rei », au contraire, l'impunité n'est accordée que si le bien conservé est de valeur supérieure (navire et câble) ou tout au moins égale (maison et maison) à celle du bien sacrifié. Le pêcheur ne pourrait démolir le navire pour sauver son filet ; il ressort des dispositions de la lex Rhodia (en particulier l. 2 § 2) qu'un propriétaire de marchandises ne pourrait les sauver en jetant à la mer des marchandises d'une plus grande valeur sous un même volume.

b) Il importe peu, quand il s'agit de la vie, que l'état de nécessité soit survenu par la *faute* de l'auteur ; dans la l. 1, de bonis eorum, il est dû à la plus grave des fautes, à un crime punissable de mort. L'importance du bien sauvé rend le juge indulgent. L'absence de faute est au contraire strictement exigée, quand l'intérêt en jeu n'est que le salut de la propriété : « si culpa nautarum id factum sit, lege Aquilia agendum » (l. 29 § 3, ad l. Aquil. cit.). De plus, la nature du cas (l'on se rappelle qu'il s'agit d'un navire embarrassé dans des câbles d'ancre ou des filets de pêcheurs) nous permet d'affirmer qu'il ne s'agit pas d'une faute intentionnelle, mais d'une simple imprudence :

c'est par la négligence du capitaine ou des matelots que l'accident se produira, si ce n'est pas par la force des choses ; et il doit suffire d'une « levissima culpa », selon les principes de la loi Aquilienne [1].

D'autres conditions d'impunité sont toujours posées :

c) La *nécessité;* pour être nécessaire l'acte doit être l'unique moyen de conservation du bien propre : « cum alias non posset » (l. 3 § 7 in f. de inc. cit.) ; « si nullo alio modo nisi praecisis funibus se explicare potuit (l. 29 § 3 ad l. Aq. cit.) ; « periturus si non fecisset » (l. 2 § 1 de noxal. act. cit.).

d) L'absence d'un *devoir* spécial d'affronter le danger, de sacrifier sa vie ou ses biens à quelque considération étrangère à l'intérêt propre. Sont astreints à ce devoir : le militaire en présence de l'ennemi (l. 6 §§ 3, 5 ; l. 3 § 4 D. de re militari, 49. 16) ; le soldat dont le chef est en danger (l. 6 §§ 8-9, eod.) ; les éclaireurs qui, surpris par l'ennemi, ne doivent pas dévoiler les secrets dont ils sont dépositaires (l. 6 § 4, eod. : cela ressort de la nature du cas) ; les gardes du palais (l. 10 pr. eod.) et, enfin, l'esclave qui voit son maître en danger, eût-il déjà reçu quelque blessure en le défendant, tant qu'elle ne le rend pas incapable de l'assister (l. 1 §§ 28, 29, 37, 32 D. de SC. Silan. 29. 5).

3. *Motifs d'impunité :* A part les cas où le bien protégé est, soit un intérêt public, soit le bien d'une pluralité d'individus, cas dans lesquels un véritable droit de nécessité semble correspondre au devoir du porteur du droit inférieur d'en faire le sacrifice (l. 14 § 1 D. quem. serv. am. cit. ; l. 2 § 2 D. de l. Rhodia, cit. et en général dans le jet à la mer), nous voyons les jurisconsultes romains envisager le cas de nécessité à deux points de vue distincts.

L'un est un point de vue de criminaliste : la considération de

[1] Goeb, op. c., p. 5-7.

la nature humaine commande le pardon. C'est celui du décret des princes qu'approuve Ulpien : « *ignoscendum* ei qui sanguinem suum redemptum voluit » ; et de Celse excusant l'esclave homicide : « quasi *ignoverit* servo periturus si non fecisset ». Ce motif d'impunité ne convient de sa nature qu'au danger de mort et laisse debout le délit, qui n'est qu'excusé.

L'autre point de vue est essentiellement juridique et bien conforme à l'esprit du droit romain ; c'est le plus souvent suivi : l'acte nécessaire n'est point un délit parce que le dol (dans la lex Aquilia, l'injuria) lui fait défaut : « dolo careo » (l. de incendio) ; « dolo caret » (l. de lib. causa) ; « non injuria fecit » (l. de incendio). L'injuria c'est, dans la loi Aquilienne (Ulp. l. 5 § 1), « quod non jure fit », le « damnum *culpa* datum » ; le dol, c'est la volonté dirigée vers une action défendue. De leur absence, on pourrait donc conclure que nous n'avons pas à faire à une action défendue, que la lésion nécessaire est permise, et que le nécessité jouit d'un véritable droit [1]. Mais les Romains n'ont jamais distingué clairement le côté objectif et le côté subjectif d'une action ; si l'usage d'un droit exempte de toute responsabilité, c'est à leurs yeux parce qu'il exclut le dol : « nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur » [2]. Ils ne séparent pas ces deux choses pour nous distinctes : l'exercice d'un droit et l'intention de nuire. Nous ne pouvons donc, en droit romain, parler d'un droit de nécessité ; nous pouvons seulement dire que, dans l'état de nécessité, l'innocence, la justice même du but poursuivi — but de conservation propre — est exclusive de toute faute. Peu importe du reste que l'auteur ait agi de sang-froid ou sous l'impulsion de la crainte (l. de lib. causa) ; la contrainte morale n'entre pas en ligne de compte, mais uniquement le but poursuivi par l'individu.

[1] *Binding*, Normen, II, p. 293 ; *Stammler*, p. 15. Contra, *Janka*, p. 48.
[2] l. 15 D. de R. J. (50.17). Voir *Pernice*, op. c., p. 11 sv.

Nous trouvons le même raisonnement dans le cas analogue de l'« actio aquae pluviae arcendae », donnée pour le détournement des eaux qui causent du dommage à un fonds par suite de travaux exécutés sur un autre fond ; l'action est refusée lorsque ces travaux ont été nécessités par la culture (l. 1 D. de aq. et aq. pl. 39.3) et voici la raison qu'en donne Marcellus (l. 1 § 12) : « Cum eo qui in suo fundo fodiens vicini fontem averterit, nihil posse agi, nec ne dolo actio est ; et sane non debet habere, si *non animo nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.* » L'intention de protéger son bien exclut donc le dol ; mais il reparaît dès que le dessein de nuire s'accuse et pousse l'auteur à agir, concurremment à l'intérêt de conservation propre ; la l. 14 pr. de praescr. verbis, cit. nous le dit expressément : « si dolo id fecisset, de dolo tenetur ». Est donc responsable celui qui, pour sauver ses marchandises, jette celles d'autrui à la mer, s'il choisit celles d'un individu déterminé, dans le but de lui porter préjudice. Le même acte serait impuni, si le hasard seul avait déterminé le choix des mêmes marchandises : le facteur décisif est donc la direction de la volonté.

L'impunité de l'acte nécessaire entraîne celle de l'acte de légitime défense, qui, lui aussi, est commis dans un but de conservation propre ; les Romains l'ont compris : Paul se sert, à propos de la légitime défense, des mêmes termes que Celse et Ulpien à propos de l'état de nécessité : « qui, quum *aliter tueri se non possent,* damni culpam dederint, innoxii sunt » (l. 45 § 4 D. ad. leg. Aquil. 9. 2). Ce qui ne signifie pas que le droit romain ait confondu ces deux états de choses [1] ; bien au contraire, il les distingue expressément (l. 45 § 4 cit.) et reconnaît un droit à la victime d'une agression injuste : « vim vi repellere *licet* [2] », droit spécial basé soit sur le danger couru par

[1] Ce que prétend *Lauterburg*, l. c. p. 158-9 ; vague, *Stammler*, p. 9, 15.

[2] L. 1 § 27 D. de vi, 43. 16 ; l. 1. C. unde vi, 8. 14 ; l. 1 § 3 D. de J. et J. 1. 1 ; etc.

l'assailli, soit sur le fait de l'attaque injuste, et dont il ne peut être question vis-à-vis d'autres que l'agresseur. L'acte de défense reste donc impuni pour une double raison : parce qu'il a pour but le salut de la personne ou des biens — c'est le motif d'impunité de l'acte nécessaire (point de vue subjectif) — et parce que la loi permet de repousser la force par la force (point de vue objectif). La constatation du fait que les Romains ont reconnu, en termes catégoriques un droit de légitime défense et qu'ils n'ont pas expressément proclamé de droit de nécessité, nous confirme dans l'idée qu'ils n'ont pas songé à voir dans l'acte nécessaire l'exercice d'un droit.

Telle est la théorie romaine de l'état de nécesssité; nous l'avons longuement étudiée, tant à cause de l'importance historique du droit romain qu'en raison de l'intérêt qu'il y a à savoir ce que le plus juridique des peuples a pensé d'une question d'une portée générale comme celle qui nous occupe. Aucune législation n'a du reste encore égalé sur ce point celle de Justinien ; quoique venus les premiers, les Romains ont mieux vu que les modernes.

CHAPITRE II

DROIT GERMANIQUE[1]

I. Le droit germanique semble pénétré de deux idées riches en conséquences, et dont l'action commune dut amener à excuser dans une large mesure l'infliction d'un dommage en cas de nécessité, à voir même en cet acte l'exercice d'un droit.

L'une de ces idées, c'est que *la nécessité n'a pas de loi ;* que, faites pour le cours naturel des choses, les lois cessent d'obliger en cas d'événements extraordinaires ; de nombreux proverbes allemands la formulent, et l'impossibilité de leur assigner une origine témoigne de leur ancienneté, montre qu'ils émanent, non des jurisconsultes, mais du peuple : « Noth hat kein Gebot (proverbe français : Nécessité n'a pas de loi) ; Noth und Tod hat kein Gebot ; Noth bricht Eisen ; Noth bricht Recht (proverbe français : Nécessité contraint la loi) ; ein besser Recht ist Leibes Noth als Herren Gebot ; Noth sucht Brot, wo sie es findet. » Tantôt ils voient dans la nécessité la volonté de Dieu : « Gottes Gewalt und ehehafte Noth sind vorbehalten », tantôt ils en parlent comme d'un pis-aller auquel il faut se résigner : « Muss ist ein

[1] *Grimm*, Deutsche Rechtsalterthümer, 1828, p. 400-2, 948, 523, 554, 517 ; 460-2, 329, 487, 950, 489 ; 295, 944 ; 408, 792. *Wilda*, Strafrecht der Germanen, 1842, p. 930-40, 141-3. *Graf und Dietherr*, Deutsche Rechtssprichwörter, 1864, p. 388-94. *A. Schmidt*, Echte Not, ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte, 1888.—*Fritsch*, Telum necessitatis, 1661, Sect. VII, Co. II, n. 3 ; *Walch*, de Furto, 1789, § V ; Stammler, 21-5 ; Göb, 10-1.

böses Kraut, » dit humoristiquement le proverbe allemand; et le vieux dicton français:

> Quand « il faut » vient en la place,
> Il n'est rien qui ne se fasse.

Ce principe que la nécessité dégage de l'observation de la loi, nous en trouvons d'innombrables applications dans les sources du moyen âge, en toute matière juridique[1]. La nécessité est désignée par les termes de « sunnis », « summus », « essonia », en français « essoi(g)ne », plus tard par ceux de « Noth » et « necessitas », et la phrase « si eum sunnis non detinuerit » (nit ne beneme inn echte not), ou d'autres équivalentes, se rencontre à chaque instant, libérant l'individu des obligations les plus diverses, leur inexécution fût-elle même frappée d'une peine. L'état de nécessité justifie, par exemple, l'abstention des nombreux services publics imposés à tout homme libre, en sa qualité de membre de la communauté: service de juge, participation aux expéditions militaires, aux travaux d'entretien des digues, etc.; le fait de ne pas secourir l'homme qui appelle à l'aide; la contravention aux règlements sanitaires ou concernant l'observation du dimanche, tous faits qui entraînent ordinairement une peine. Il ne s'agit sans doute le plus souvent que de délits d'inaction, les plus facilement excusables, mais la nécessité en question n'est pas seulement la force majeure, ou le danger de mort; il ne s'agit quelquefois, par exemple, que de la recherche du bétail égaré, de la nécessité de veiller un malade ou de ne pas laisser se gâter la pâte destinée au pain, de simples intérêts d'affaires. On reconnaît donc que l'intérêt public doit parfois céder le pas à l'intérêt privé: « Jeder ist sich selbst der Nächste », dit un autre proverbe, dont on peut rapprocher le

[1] Schmidt, p. VII sv., 1 sv., 19-21, 35, 42, 49 sv., 141-8; Grimm, p. 295-6, 944.

proverbe français : « Charité bien ordonnée commence par soi-même. »

Nous voyons en même temps les Germains pénétrés d'un vif sentiment de solidarité ; l'assistance réciproque est à leurs yeux un devoir, dont la violation est frappée de peines (Wilda) ; c'est plus qu'un simple devoir moral. Cette idée que la vie serait impossible si chacun se renfermait dans son égoïsme, ils l'appliquent aux relations avec les étrangers en passage, comme à celles entre membres de la même communauté ; le devoir d'hospitalité correspond au devoir d'assister le pauvre.

II. Les dispositions de lois que nous allons citer et qui nous révèlent l'existence d'antiques usages, sont certainement l'émanation de ces deux principes, principe d'assistance réciproque et principe que le cas de nécessité est excepté de la loi.

Un grand nombre ont trait au voyageur, étranger ou national. Si, disent-elles, son cheval épuisé se refuse à continuer sa route, qu'il le fasse paître dans un pré voisin ou lui coupe quelque fourrage ; des précautions sont prises pour qu'il n'abuse pas de son droit : il doit, en coupant le blé ou le fourrage à l'aide de son épée, conserver un pied immobile au bord de la route, ou user d'un procédé analogue qui ne lui permette d'en atteindre qu'une quantité limitée ; une fois le cheval rassasié, il doit rejeter le surplus où il l'a pris ; en emporter serait un vol. Miroir de Saxe, II. 68 : « Irleget deme wechverdigen manne sin perd (Pferd), he mut wol korn sniden (schneiden) und im geven, alse verne also he't gereken mach, stande in me wege mit enem wute (Fusse) ; he ne sal is aver nicht dannen voren (führen). » Jus prov. alem. 197, 10-12 : « Ain (fremde) man snidet wol sinen mueden pfäriden ain fuster, daz gen ainem pfen wert ist, *ob er went, dass er im erligen welle.* Daz muoss er auch swern, ob sin jener nit entbehren wil, des daz korn ist. Er lat auch sin pfärde treten mit den vordern füssen in daz Korn unde lat er ezzen unz er wider kumpt unde

er sol des fusters nit von dannen fueren [1] ». Si quelque accident survient à son véhicule, voiture, traîneau ou bateau, il peut couper du bois, abattre même un arbre pour le réparer. Le cultivateur jouit du même droit pour la réparation de sa charrue [2] : Lorscher weisthum : . . . Wäre es sach, dass ein mann durch den wald mit seinem geschirr führe, so mag er umb sich sehen, sihet er dann einen *stamm, damit er seinem geschirr zu hülfe kommen mag, den mag er abhauen* und sein geschirr damit machen und das altholz wider uf den stamm legen. . . »

A plus forte raison, le voyageur peut-il porter atteinte à la propriété d'autrui, quand c'est de sa propre conservation qu'il s'agit. Une loi pose le principe en termes généraux : Leg. Feudorum, II, 27 § finalis : « Quicunque per terram transiens equum suum pabulare voluerit, quando propinquius secundum viam stans in loco amplecti potuerit ad refectionem et reparationem equi sui, impune ipsi equo porrigat. Licitum sit etiam ipsi uti herba et viridi sylva : *et sine vastatione aliqua quilibet utatur pro sua commoditate et usu necessario.* » D'autres énumèrent les cas divers : campement établi de nuit sur la terre d'autrui, bois coupé pour faire du feu. Lex Wisigoth. VIII, 2 : « Qui in itinere constitutus cujuscunque forsitan campo applicaverit, et ad coquendum cibum aut frigoris necessitate compulsus ignem fecerit, cautus sit, ne ignis longius dilabatur. » Le voyageur peut pêcher,

[1] V. aussi Görlitzer Landrecht, c. 41, § 2 (Stammler, 22) ; lex Wisig. VIII, 4, 27 ; Benker Heidenrecht, § 10-11 (Grimm, 401) ; Friderici I imp. constitutio de pace tenenda, 18 sept. 1156, n. 19 (Monum. Germ. Leges, II, p. 103) ; id., 18 Febr. 1179 : « Si viator equitans necesse habuerit pascere equum suum, pedem unum ponat in via et falce vel cultro quantum expedit de frugibus resecet et in via equum suum reficiat et inde nihil de frugibus deferat : *gramen non incidat, sed in ipso gramine equum suum quod satis est pascat.* » Heinrici regis treuga, Jul. 1230, n. 7 (Monum. Germ. Leg. II, p. 267).

[2] Grimm, p. 402, 517.

manger les fruits de la forêt et en remplir son gant ou son chapeau, arracher jusqu'à trois raves, cueillir jusqu'à trois pommes, trois grappes de raisin [1]. Cette dernière faveur est même accordée à tout passant, en dehors du cas de nécessité [2]; ici, le second des principes exposés plus haut est seul en jeu : lorsque la nature se montre généreuse, il siérait mal au propriétaire de se montrer avare.

Ces cas de nécessité sont si souvent mentionnés dans nos sources que nous en pouvons conclure à l'existence d'usages incontestés. De même quant au droit qu'a la femme enceinte de satisfaire ses envies en une certaine mesure, envies de fruits, de légumes, de poisson, de gibier. C'est un droit de nécessité; ce n'est pas l'irrésistibilité du désir de la femme qui est prise en considération, c'est le mal qui résulterait de sa non-satisfaction, car le droit est accordé aux membres de la famille de la femme comme à la femme elle-même. La femme en couches jouit d'une faveur analogue : chacun peut s'emparer pour elle de pain et de vin [3].

D'autres textes de lois visent des cas plus spéciaux. Edict. Rothar. c. 305 : « ...Si iterans homo propter utilitatem suam foris clausuram pulsaverit, non sit ei culpa. » Lex Wisig. VIII, 4, 24 : « Si iter clausum aut constrictum sit, rumpenti sepem aut vallum nulla calumnia moveatur [4] ».

[1] Wilda, 939; Grimm, 402, 523, 554; Graf u. Dietherr, 492-3.

[2] V. ci-dessous, p. 102-3, et Grimm, 554.

[3] Grimm, 408, 792; Rötzer Weisthum, cité par Graf u. Dietherr, 393. — Cf. Talmud, traité Yôma, VIII, 4 (trad. Schwab, V, p. 251) : « Si une femme enceinte, ayant senti l'odeur d'un mets, éprouve en ce jour (du grand pardon, où il est défendu de manger) une forte envie de manger, qu'il serait dangereux de ne pas satisfaire, on lui donnera à manger jusqu'à ce qu'elle se remette. »

[4] Cf. droit romain, p. 65 : et le Talmud, traité des Berakkoth, p. I, ch. II, 9 (trad. Schwab, I, p. 51) : « Pour éviter la boue des routes, il est permis de marcher au bord des champs cultivés (et non dans les plantations de safran,

Exercice d'un droit, tous ces actes sont accomplis au grand jour ; mais le vol commis secrètement était lui-même excusé. Le pauvre homme, qui ne trouvait pas d'ouvrage, pouvait dérober des aliments pour apaiser sa faim et celle des siens ; il ne devait cependant pas en prendre l'habitude ! certaines lois punissent le troisième vol (Wilda, 940).

L'état de nécessité ne justifie pas seulement les atteintes à la propriété : de graves atteintes à la personne sont parfois excusées. Tacite nous apprend[1] que les Frisons, leurs biens se trouvant insuffisants, donnèrent leurs femmes et leurs enfants en paiement du tribut exigé par Drusus ; la vente des enfants par leur père, sévèrement interdite en général, reste autorisée dans le cas de nécessité[2]. De même du délaissement d'enfants, qui les expose souvent à une mort certaine. On connaît le conte du Petit Poucet ; les parents qui manquaient de pain les menaient souvent perdre, — quand ils ne jouaient pas le rôle de l'ogre, comme les Annales Fuldenses de l'an 850[3] nous le racontent d'un paysan de Thuringe, qui s'en allait tuer son enfant pour le manger lorsqu'un jeune chevreuil s'offrit inopinément à lui, de même qu'à Abraham le bélier que devait remplacer Isaac. Et l'on rapporte que, lors d'une famine, une assemblée du peuple islandais décida le sacrifice des vieillards, des infirmes et des malades, dans lesquels on voyait des bouches inutiles, cas de nécessité dont l'histoire de Rome nous offre aussi des exemples[4].

dont la perte serait trop sensible) ; mais on peut même traverser ces dernières si la route est complètement défoncée (au point qu'il soit impossible d'y faire quelques pas). »

[1] Annal. 4, 72 : « Ac primo boves ipsos, mox agros, postremo corpora conjugum aut liberorum servitio tradebant. »

[2] Grimm, 461-2. Cf. Karoli II Edict. Pistense, 25 Jun. 864 (Monum. Germ. Leg. I, p. 497).

[3] Monum. Germ. I, p. 366 sqq.

[4] V. p. 56, note 1 ; Grimm, 460, 487, 950. — Stammler rapporte à l'ho-

micide nécessaire un passage de la Constitution de Frédéric Ier « de pace tenenda » du 18 sept. 1156 (Monum. Germ. Leg. II, p. 101), qui ne vise que la légitime défense ; le contexte des mots qu'il cite le rend évident. Quant aux textes de lois consacrant le droit de repousser l'attaque d'un anima en le tuant, Stammler oublie que c'est à leurs yeux un cas de légitime défense (Berner. Nothwehrtheorie, p. 553) : elles emploient les termes de « defendere », de « Nothwehr » ; l'on sait aussi que le droit germanique reconnait à l'animal une responsabilité pénale (Grimm, 664).

CHAPITRE IV

DROIT CANON

L'Eglise emprunte au droit des peuples germaniques, qu'elle vient civiliser, le principe que la nécessité n'a pas de loi et l'applique dans toute sa largeur en matière pénale.

§ 1. LES PÉNITENTIELS

I. Les pénitentiels, ces témoins respectables de la primitive Église, sont les premiers des codes pénaux [1] : nous y trouvons le droit criminel de l'Église le plus pur, car la pénitence, qu'elle prononce, mais que le coupable s'inflige librement, est la peine qui répond le mieux à son rôle spirituel, à la tâche qu'elle poursuivit d'abord avec désintéressement de faire la guerre au péché. Ils présentent un sérieux intérêt historique, comme trait d'union entre le droit germanique, avec lequel ils offrent de frappantes ressemblances [2], et le droit canon, proprement dit, qui, souvent, en reproduit textuellement les dispositions; dispositions significatives en matière d'impunité, parce que le juge religieux, scrutant jusqu'au fond des consciences, condamnait

[1] *Viollet*, Précis de l'histoire du droit français, 1886, p. 39, y voit la *jurisprudence* pénale codifiée des premiers temps de l'Église.

[2] Wilda, op. c., p. 114-5 : Holtzendorff, Handbuch, I, p. 43-4.

pour la plus légère des fautes, ce qui nous permet d'affirmer qu'où l'Eglise ne punissait pas, le pouvoir civil, qui en reconnaissait les droits de juge, proclamait aussi l'impunité (Stammler).

II. On est surpris en feuilletant les livres pénitentiaux, anciens ou récents — celui de Théodore du VIIe siècle, comme le « Civitatense » du XVIe —, d'y rencontrer à chaque instant le mot de « necessitas » ; la nécessité y joue le rôle d'une véritable exception, d'une excuse à tous les délits ; seuls, les péchés de fornication ne sont jamais excusés, soit que l'Église ait dû les traiter avec le plus de sévérité, comme les plus invétérés en pays barbares, soit surtout parce qu'ils ne peuvent guère être commis en état de nécessité : s'ils l'ont été sous le coup de menaces, celui qui y a cédé sera considéré comme une victime, plutôt que comme un auteur.

C'est d'abord la violation de la plupart des *préceptes religieux* qui est expressément excusée. Les uns concernent le culte, l'ordination, l'administration des sacrements, la sanctification du dimanche, c'est-à-dire les actes religieux en général[1]; d'autres sont de nature plus spéciale. Ainsi l'interdiction de manger la chair de certains animaux : Pœnitentiale Theodori, I, 7 § 6 : « Qui manducat carnem immundam dilaceratam a bestiis, XL dies pœniteat. Si enim necessitas cogit famis, nihil est.[2] » Le *parjure* aussi, péché de toute gravité entraînant ordinairement onze ans de pénitence, est quasiment impuni en cas de nécessité : Canones Gregorii, c. 188 : « Qui perjurium fecit in ecclesiam XI annos pœniteat ; qui vero propter necessitatem

[1] Capitula Dacheriana, c. 13, 18, 41, 58, 79. Canones Gregorii c. 24, 155, 54. Pœn. Theodori I, 7 § 9 ; II, 8 § 2. Corrector Burchardi, c. 56. Mêmes dispositions dans presque tous les pénitentiels. — Nous citons d'après *Wasserschleben*, Bussordnungen der abendländischen Kirche, 1851.

[2] Même disposition, parfois avec simple atténuation de peine : P. Bedae, c. 7 § 1 ; Pseudo-Bedae, 22 § 1 ; Confess. Pseudo-Egberti, c. 39, etc.

coactus III quadragesimas. » De même le P. Theodori, I, 6 §§ 1-2 et le Corrector Burchardi, c. 31 ; mais les pénitentiels de l'empire franc, plus sévères en général que les anglo-saxons, n'abaissent la peine qu'au quart [1]. Le *blasphème* (juramentum) est mis sur le même pied que le parjure, et l'*apostasie* et l'*hérésie* sont si complètement excusées que, commises en état de nécessité, elles ne font pas obstacles à l'ordination [2].

Quant aux actes que nos lois modernes considèrent encore comme des crimes, les pénitentiels ne connaissent guère, en dehors des délits contre les mœurs, que l'homicide, le vol et le faux témoignage — la constatation de l'influence de la nécessité a, du reste, la même importance quelle que soit la nature du délit qu'elle exerce : ce qui nous intéresse, c'est l'impunité d'un acte, à une époque où la loi le frappe d'une peine; peu importe l'idée que s'en fait le droit actuel —. Le *faux-témoignage* (même pénitence que l'homicide) est excusé par le Corrector Burchardi c. 51 : « Si propter timorem fecisti falsum testimonium, aut membra perdere, aut vitam, vel ad ultima bona tua, tunc divide pœnitentiam et postea prævide ne tibi ulterius contingat. » Sur le *vol*, P. Pseudo-Bedae (VIIIe siècle), c. 39 § 3: « Si quis per necessitatem furaverit cibaria, vel vestem, sive quadrupedem, per famem aut per nuditatem, illi venia datur, et jejunet hebdomadas IV ; si reddiderit, non cogatur jejunare »; la nécessité de la faim ou du froid excuse donc plus ou moins absolument le vol, selon que les choses volées ont été ou non restituées, en nature ou en équivalent, une fois passé le temps de détresse. Cette disposition que nous voyons apparaître ici pour la première fois dans une législation pénale, fit fortune.

[1] Le P. Pseudo-Theodori, du IXe siècle (c. 9 § 7) rend compte du désaccord ; le Pseudo-Bedae concilie les deux opinions (v. p. 92 ci-dessous).

[2] P. Egberti, c. 6 ; Pseudo-Bedae 18 § 2. — Can. Gregorii, c. 45, 28 ; P. Theodori, I, 5 § 14 ; Merseburgense (Wasserschleben, p. 404 : il faut lire *sine* necessitate) ; Cummeani, 11 § 32.

Elle passe dans les pénitentiels des siècles suivants [1], dans le corpus juris canonici, la Caroline, et le vol nécessaire est presque le seul cas de nécessité que connaisse la doctrine du moyen âge jusqu'à nos jours; elle écrit à son sujet d'interminables dissertations, sans pouvoir s'élever à un point de vue général, faute d'un coup d'œil d'ensemble.

Il est dans l'esprit des pénitentiels d'excuser *l'homicide* nécessaire, mais ils n'en parlent pas, ce qui provient sans doute de sa rareté. Des passages cités par Stammler et Göb, l'un (P. Civitatense, c. 47 : si homicidium fuerit necessarium, vel quia aliter evadere non potuit) vise bien un cas de nécessité, le meurtre d'un tiers innocent à l'occasion d'une attaque injuste, mais date du XVIe siècle, époque à laquelle la doctrine, y voyant un acte de légitime défense, était unanime à l'innocenter; les autres (Corr. Burchardi, c. 1; Conf. Pseudo-Egberti, c. 24) parlent simplement d'homicide « ex necessitate », qualification qui, appliquée à l'homicide, désigne au moyen âge l'acte de légitime défense (v. p. 105) : cet acte est, du reste, nécessaire au premier chef, et, n'eussions nous pas d'autre indice, c'est lui qu'il faudrait croire visé, et non pas l'homicide nécessaire proprement dit, qui est beaucoup plus rare.

Mentionnons enfin un cas déjà rencontré en droit romain et en droit germanique, celui du père forcé par la faim de vendre ses enfants comme esclaves, méfait ordinairement puni de trois ans de pénitence (P. Ps. Bedae, 39 § 2) : Capitula Dacheriana,

[1] P. Pseudo-Romanum, 12 § 4; Merseburgense, 31; Vindobonense, 34; Pseudo-Theodori, 8 § 18; Corr. Burchardi, 38; Civitatense, 78. Cf. un canon irlandais antérieur (Wasserschleben, irische Kanonensammlung, 2e Aufl. 1885, p. 102. Lib. 29, de furto, cap. 9) : « Salomon ait : non grandis culpa est, cum quis furatus fuerit, furatur enim, ut esurientem impleat animum. Ac si dicat : si necessitas famis coegerit quemquam, minoris culpae est, si furetur, sed notandum est, quod non dixit « non culpa est », sed dixit « non grandis culpa est » : sicut David fecit in templo cum esuriret et ut Christus sabbato concessit discipulos vellere spicas (sur ce point, v. p. 102). »

c. 114 : « Pater filium necessitate coactus in servitutem sine voluntate ejus filii tradet. »

III. Les pénitentiels prennent en considération non seulement l'importance du délit à excuser, mais encore celle du bien menacé, la nature du danger couru ; nous lisons dans le Pœn. Pseudo-Bedae, c. 49 : « . . . Si quis coactus *pro vita redimenda* (perjuraverit), III XLmas pœniteat et legitimas ferias ; si *pro alia aliqua necessitatis causa*, III annos i. p. e. a. » La pénitence varie du simple au décuple suivant que c'est en danger de mort, ou non, que l'individu s'est parjuré. L'état de nécessité n'emporte impunité complète d'un délit quelconque que lorsque le danger menace la vie ou les derniers biens (vita, membra, ultima bona) ; dans les autres cas, la pénitence était sans doute adoucie.

Ces dispositions des livres pénitentiaux, des antérieurs au Xe siècle surtout, que nous avons cités de préférence, sont d'autant plus intéressantes qu'elles datent d'une époque où ne régnait aucune doctrine, où le droit romain était inconnu et que leurs auteurs n'ont eu pour guides que leur raison et leur sentiment propres ; la mention incessante qu'ils font de la nécessité nous autorise à dire qu'ils appliquent plus ou moins inconsciemment ce principe inconnu au droit romain et dont nous avons vu le droit germanique pénétré dans toutes ses parties : que le cas de nécessité est en dehors de la loi, qui n'est faite que pour les cas normaux [1].

§ 2. LE CORPUS JURIS CANONICI

I. Le corpus juris canonici, qui reproduit souvent les pénitentiels, proclame nettement le principe qu'ils avaient incon-

[1] Le P. Theodori, I, 7 § 6, exprime clairement le principe : « quoniam aliud est legitimum, aliud quod necessitas cogit », mais nous croyons le passage interpolé : tous les manuscrits ne le portent pas, non plus que les dispositions semblables des autres pénitentiels copiant le P. Theodori.

sciemment suivi : « Quod non est licitum necessitas facit licitum [1] », « necessitas non habet legem [2] », mots auxquels Gratien lui-même ajoute [3] « sed sibi facit legem ». Mais le droit canon n'aurait-il posé ce beau principe que pour la forme, comme on le dit communément? Non point! car il l'applique sans cesse, soit qu'établissant une règle, il en excepte d'avance les cas de nécessité [4], soit qu'en présence d'un cas particulier il déclare que la loi existante ne peut lui être appliquée, parce que c'est un cas de nécessité [5]. Il s'agit souvent, il est vrai, de cas sans grande importance pratique, si bien qu'un seul d'entre eux a préoccupé l'esprit des jurisconsultes, celui du vol commis dans la détresse de la faim, le plus grave, dont traite un chapitre spécial et très en évidence des Décrétales et que la Bible avait soi-disant excusé. On comprend qu'il ait attiré toute l'attention — nous verrons les conséquences fâcheuses de cet exclusivisme —, étant au moyen âge plus fréquent qu'aucun autre ; il n'en serait plus ainsi aujourd'hui : nous ignorons les famines terribles qu'ont connues nos ancêtres et, grâce au développement de l'assistance publique et de la charité privée, l'affamé n'en est plus guère réduit au vol. Aussi l'acte nécessaire sera-t-il rarement alors vraiment nécessaire à la conservation de l'individu, condition essentielle de son impunité complète.

II. Nous ne mentionnerons que les dispositions présentant un caractère pénal ; mais parmi celles qui n'ont trait qu'aux formes indispensables à la validité des conventions, il en faut citer une énonçant le principe que la nécessité n'a pas de loi : Decr. Grat. Dist. I, c. 11, de consecrat. : « Felix Episcopus,

[1] Cap. 4, X, de Regulis juris (5. 41).

[2] Distinctio I, can. 11, de consecratione; c. 4, X, de consuetud. (1. 4).

[3] Decretum Gratiani, Causa I, quaestio 1, can. 39.

[4] Par ex. c. 2, X, de cust. euchar. (3. 44).

[5] Par ex. Decr. Grat. C. XXX, q. 1, c. 7.

omnibus orthodoxis epistola prima. Sicut non alii, quam sacrati domino debent missas cantare, nec sacrificia super altare offerre, sic nec in aliis quam domino sacratis locis missas cantare, aut sacrificia offerre licet, nisi summa coëgerit necessitas. Satius ergo est missam non cantare, aut non audire, quam in illis locis, ubi fieri non oportet [1] : *nisi pro summa contingat necessitate: quoniam necessitas legem non habet* [2]. Intéressants sont aussi les canons 19, 35 et 36, Dist. IV, de Consecratione, déclarant valable le baptême conféré par un laïque.

Parmi les délits d'une certaine gravité, sont excusés :

1° *Le vol*, par le c. 3, X, de furtis (5.18), sur lequel nous reviendrons au chapitre suivant : « Ex pœnit. Theodori. Si quis propter necessitatem famis furatus fuerit cibaria, vestem, vel pecus, pœniteat hebdomadas tres ; et si reddiderit, non cogatur jejunare. »

2° *Le parjure* : Gratien insère dans son Décret, C. XXII, q. 5, c. 3, un passage des pénitentiels cités plus haut et les Décrétales, c. 10 de jurejur. (2.24), en décident de même.

3° *La rupture de jeûne* : le jeûne peut être rompu lorsque le pénitent condamné à jeûner au pain et à l'eau manque de pain, de sorte que le maintien de l'interdiction d'autres aliments l'obligerait à se laisser mourir de faim ; ou bien lorsqu'en temps de carême un individu par raison de santé, ou tous les habitants d'un pays par suite de disette générale, sont forcés de manger de la viande ou d'autres aliments prohibés. C. 6, X, de pœnit. (5. 38), Alexander III : « Si illi, qui aliquos dies in pane et aqua ex injuncta sibi pœnitentia tenentur peragere, panem quo vescantur non habent, leguminibus, aut piscibus, aut aliis cibariis

[1] Ces mots indiquent que la nécessité en jeu n'est pas simplement la nécessité de la messe (qu'il vaudrait mieux célébrer en un lieu non consacré, que ne pas célébrer du tout), mais bien un intérêt étranger au culte et dont la sauvegarde exige la célébration de la messe.

[2] V. aussi c. 5, X, de feriis (2. 9) et c. 3, X, de Celebr. Miss. (3. 41).

reficiantur, *si necessitas id exposcat:* discretione tamen adhibita, quod his *non ad delicias, sed ad necessariam solummodo sustentationem* utantur. » C. 2, X, de observat. jejun. (3. 46), Innoc. III (1206) : « Quum autem quæsieris quæ sit illis pœnitentia injungenda, qui diebus quadragesimalibus, quo tempore tanta famis inedia ingruebat, quod magna pars populi propter inopiam annonæ periret, carnes comedere sunt coacti, tibi breviter respondemus quod in tali articulo *illos non credimus puniendos, quos tam urgens necessitas excusavit....* De illis qui in quadragesimo, vel in aliis jejuniis solennibus infirmantur et petunt sibi esum carnium indulgeri, respondemus quod, *quum non subjaceat legi necessitas*, desiderium infirmorum, quum urgens necessitas exigit, supportare potes et debes, *ut majus in eis periculum evitetur.* » Et enfin c. 4, X, de regulis juris (5. 41), cité plus loin. p. 96, en haut.

4° *L'entretien de rapports avec un excommunié,* délit puni d'excommunication. L'interdiction est levée en cas de nécessité par le pape Nicolas (863), qui distingue entre la nécessité réelle et celle qui n'est que feinte, ou que l'individu a volontairement amenée : « Qui ex necessitate aut ignorantia agunt... per te absolvantur, si tamen eorum ignorantia vel necessitas vera et non simulata, vel non ex voluntate processerit [1] ». Cette restriction, qui va de soi, est expressément énoncée ici, parce qu'il aurait été très facile à ceux qui désiraient entrer en rapport avec un excommunié de créer artificiellement un état de nécessité. Les mobiles les plus louables, comme la pitié ou l'affection, ne constituent pas une excuse ; il faut que, seul, l'excommunié puisse satisfaire un besoin légitime d'autrui, comme c'est le cas lorsqu'un voyageur arrive dans un pays qu'il ne savait pas mis en interdit.

5° *L'inobservation du repos dominical.* C. 4, X, de regulis

[1] Decr. Grat. C. XI, q. 3, c. 102. Cf. can. 103, eod. et c. 31, X, de sent. exc. (5.39).

juris (5. 41) : « Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Nam et Sabbathum custodiri præceptum est ; Macchabæi tamen sine culpa sua in Sabbato pugnabant ; sic et hodie si quis jejunum fregerit ægrotus, reus voti non habetur. » Le chapitre 2 du titre « de feriis », aux Décrétales (2. 9), traite d'un cas curieux de pêche aux harengs, qu'il autorise en un temps quelconque, parce qu'il faut profiter du court moment du passage (si alecia terrae se inclinaverint) [1].

6° *Le dépôt de meubles dans les églises*, qui, d'ordinaire, entraîne pour le prêtre trois mois de suspension ; il est autorisé en cas d'invasion ennemie, d'incendie et d'autres « necessitates urgentes », par le c. 2, X, de custod. euchar. (3. 44).

7° Nous passons sous silence un grand nombre d'autres cas [2] pour examiner celui de l'*homicide*. Aucun passage du corpus juris canonici ne semble s'y rapporter. Le c. 38, Dist. L, Decr. Grat., cité par Stammler, ne vise pas l'état de nécessité. Il est ainsi conçu : « Quia te quasi obnoxium judicas, eo quod a Saracenis captus hominem interfecisti videris, bene facis. Sed quoniam non tua sponte id fecisse cognosceris, inde canonice nullo modo judicaris. » Gratien, qui a sans doute eu connaissance du contexte de ce fragment, le range sous la rubrique de l'homicide « casu » (par cas fortuit) et rien ne nous autorise à démentir son interprétation ; les mots « non tua sponte » peuvent aussi bien signifier « sans le vouloir » que « parce que tu y as été contraint » et, s'il s'agit de nécessité, c'est de légitime défense plutôt que de nécessité pure, comme nous l'avons fait observer à propos

[1] Adde Dist. V, c. 26, de consecratione ; c. 1 et 5, X, de feriis (2. 9). — Cf. Règlem. général de police de Genève de 1837, ch. II, art. 21, 22, al. 2, et 25.

[2] V. Decr. Grat. Caus. XXX, q. 1, c. 7 (la séparation imposée aux époux, lorsque le mari est devenu compère de sa femme, n'est pas une peine, mais la conséquence nécessaire d'un état de fait ; mais si cette conséquence n'est pas proclamée ici, c'est qu'elle apparaîtrait comme une peine injuste, étant donnée la nécessité qui a présidé à l'acte) ; Caus. XXIII, q. 8, c. 15 ; c. 4, X, de Consuetud. (1. 4), etc.

des pénitentiels. Cette dernière remarque est également applicable au § 17 des Canones pœnitentiales insérés à la suite du Décret de Gratien, que cite Stammler.

Est-il du moins dans l'esprit du droit canon d'absoudre l'homicide par nécessité? On peut en douter. Car l'adage « necessitas non habet legem » ne peut s'appliquer qu'autant qu'il y a « necessitas » et ce terme n'a dans les fragments cités qu'une valeur toute relative. Le mal dont l'imminence constitue l'état de nécessité n'est pas toujours la mort ou une grave atteinte à l'intégrité corporelle [1]. C'est bien la mort dans le c. 6, X, de pœnit., sur la rupture de jeûne, la maladie dans le c. 2, X, de observat. jejun.; mais dans le c. 2, X, de feriis, il ne s'agit plus que de ne pas laisser échapper l'occasion d'une pêche fructueuse, de précautions à prendre contre l'éventualité plus ou moins improbable d'une disette de vivres : dans le c. 2, X, de custod. euchar. le danger est moindre encore, il ne menace que les biens; et dans le Dist. I, c. 11, de consecrat., enfin, où figurent pourtant les mots « summa necessitas », l'intérêt en jeu ne peut être que moral ou religieux. La « necessitas », c'est donc simplement le besoin dont la satisfaction immédiate s'impose; si peu grave qu'il soit, il peut être satisfait quelquefois au mépris de la loi, ce qu'établissent les passages qui viennent d'être rappelés. Mais le phénomène inverse se présente aussi : le plus impérieux des besoins, celui de la faim, ne jouit pas toujours de la faveur « de se faire à lui-même sa loi » : le vol nécessaire n'est pas complètement impuni, sauf restitution; ce qui ne signifie pas du reste que le danger de mort ne justifie pas l'atteinte à la propriété d'autrui, car, en fait, il est rare que la faim atteigne au moment du vol un degré tel, qu'on puisse affirmer qu'il sauve l'affamé d'une mort autrement certaine, et le passage considère naturellement le cas tel qu'il se présente dans la pratique.

[1] Comme le croit Stammler, p. 21, et l'unanimité des auteurs.

Cette diversité des solutions nous contraint à admettre que le droit canon prend en considération, soit l'importance du bien menacé, soit l'importance de la loi violée ; l'importance de la loi violée, disons-nous, et non celle du bien lésé par l'acte nécessaire, parce que l'Eglise voit l'essence du délit dans la transgression d'un commandement divin, le considère comme un péché et non comme un acte nuisible à la société : aucun des délits qui relèvent de sa juridiction au même titre que de celle de l'Etat (delicta ecclesiastica et delicta mixta), hérésie, magie, faux-serment, sacrilège, crimes de la chair, etc., ne consiste dans la lésion d'un bien matériel (sauf l'usure). Le droit canon ignore donc le point de vue d'un conflit de biens individuels, dont l'égalité de valeur fait proclamer à l'Etat impartial que la conservation de l'un aux dépens de l'autre lui est indifférente, du moment que l'un au moins doit périr ; il ignore aussi le point de vue de la contrainte morale [1] et celui de l'indulgence envers la faiblesse humaine [2] ; l'idée romaine d'un droit individuel de conservation lui est plus étrangère encore. Il met en balance, d'un côté un intérêt individuel, de l'autre l'importance, au point de vue moral et religieux, de la loi violée pour la sauvegarde de cet intérêt. Quand ces deux facteurs se font-ils équilibre ? quand l'un doit-il l'emporter sur l'autre ? Question épineuse, parce qu'ils sont au fond irréductibles, l'utilité et le devoir n'ayant pas de commune mesure. Et l'appréciation est particulièrement délicate dans le cas d'homicide, étant donnée l'horreur du droit canon pour le sang versé ; c'est pour cela qu'il serait téméraire d'affirmer qu'il est dans son esprit d'innocenter l'homicide nécessaire.

[1] Il n'y voit qu'une cause d'atténuation de la peine : c. 5, X, de his quæ vi metusve causa fiunt (1.46).

[2] Dans le c. 2, X, de observat. jejun., nous lisons bien « quos necessitas *excusavit* », mais Innocent III ajoute aussitôt « ubi culpa minime reperitur » et la fin du chapitre dissipe toute obscurité.

La *notion de l'état de nécessité* est, en résumé, *d'après le corpus juris canonici,* celle d'un *état de choses dans lequel l'observation de la loi entraînerait un mal qui balance, et au-delà, le mal résidant dans sa violation* ; que cet état survienne et la loi disparaît : « la nécessité n'a pas de loi » ; une nouvelle loi est appliquée, celle de la nécessité « qui se fait à elle-même sa loi », et, en ce sens, « ce qui était illicite devient licite ». Un grand nombre de passages exigent que cette nécessité soit inévitable et pressante (urgens). D'un devoir de l'affronter, les sources ne disent rien, mais il n'est pas rare que l'Église demande le sacrifice de la vie à une cause sainte et la nécessité ne saurait alors être invoquée. Elle ne peut l'être davantage lorsqu'elle doit son existence à la faute de l'agent [1] : Decr. Grat. C. 11, q. 3, c. 102, cit. « Qui ex necessitate agunt per te absolvantur, si tamen ipsa necessitas vera et non simulata, vel non ex voluntate processerit » : il va de soi que la nécessité doit être réelle et non feinte ; de plus, elle ne doit pas procéder de la volonté, c'est-à-dire avoir été intentionnellement amenée par l'individu, qui désirait jouir du droit qu'elle confère — intentionnellement, non imprudemment, car, aux yeux du droit canon, le résultat de l'imprudence ne « procède pas de la volonté ». De l'absence de texte précis, il ne faut pas conclure que la faute non intentionnelle n'ait pas fait obstacle à l'impunité ; ce serait contraire à l'esprit du droit canon, qui, scrutant les consciences, mesure toujours la peine à la faute.

[1] Göb cherche à l'établir par un passage qui ne s'y rapporte pas : c. 4, X, de R. J. (5.41), cit. : «...Sabbatum custodiri præceptum est : Maccabæi tamen sine culpa sua in Sabbato pugnabant. » Cela signifie : « les Maccabées ne commettaient pas de faute en combattant le jour du sabbat » : sans le « sine culpa », qui s'oppose à « custodiri præceptum est » et justifie le « tamen », il n'y aurait qu'un fait énoncé, sans qu'il fut dit que ce fait n'était pas coupable.

CHAPITRE V

LA DOCTRINE AU MOYEN AGE

« Doctores utriusque juris » ! Ce titre des jurisconsultes du moyen âge apparaît ici singulièrement usurpé, car ils n'ont compris ni les saines dispositions du droit romain sur l'état de nécessité, ni celles du droit canon et leur principe si clair. Ils négligent ces dernières, pour autant qu'elles n'ont pas trait au vol nécessaire, dont ils proclament l'impunité en se basant, non sur la nécessité elle-même, mais sur un principe spécial de communauté des biens. Dans le droit romain aussi, un seul cas les frappe, celui de l'homicide commis en obéissance à des menaces de mort ; ici aussi, ils recourent à un principe étranger à la question de la nécessité, celui de l'irresponsabilité de qui ne fait qu'exécuter l'ordre d'un supérieur, point de vue qui, généralisé, devient celui de la contrainte morale ; c'est la première apparition d'une théorie qui est aujourd'hui celle de la plupart des législations [1].

Nous allons voir cheminer côte à côte ces deux théories, l'une subjective dérivée du droit romain, l'autre objective dérivée du droit canon. Ces débuts de la science moderne dans l'étude de notre question ont une grande importance historique ; ils ont décidé de la direction dès lors suivie par les législations

[1] Janka (op. cit., p. 59-60) n'en voit pas l'origine romaine.

et la doctrine, qui travaillent encore à se dégager des liens embarrassants de fausses théories accréditées.

§ 1. LES CANONISTES ET LE VOL NÉCESSAIRE

Comment, tout en proclamant l'impunité d'un cas typique de nécessité, les canonistes en sont-ils venus à méconnaître le rôle de la nécessité elle-même? Justement en ne voyant plus qu'un cas isolé au milieu de tous ceux que la vie nous offre en spectacle; le cas particulier leur a fait perdre de vue la question générale. Exemple instructif de l'inanité des raisonnements à vide; les progrès de la science moderne dans la solution de la question difficile qui nous occupe, ne sont pas tant dus à la sagesse de ses raisonnements qu'à ce qu'elle a su embrasser d'un coup d'œil l'ensemble des phénomènes de la vie: de leur groupement a jailli d'elle-même la vérité.

A. **La Glose.** Aux glossateurs du corpus juris canonici remontent les erreurs d'interprétation des canonistes:

Le seul passage du corpus qui ait trait au vol nécessaire est le chapitre « Si quis propter necessitatem famis » aux Décrétales, déjà cité (p. 94); il impose une pénitence de trois semaines au voleur qui n'a pas restitué les choses volées ou leur équivalent, tandis que le principe « necessitas non habet legem » commanderait l'impunité complète. Contradiction qui s'explique par le fait que le passage est copié d'un pénitentiel; les compilateurs des Décrétales n'y ont point pris garde, et il ne faut pas s'en étonner, leur compilation n'ayant pas l'homogénéité de celle de Gratien, qui, dans son Décret, avait fait œuvre originale, s'efforçant de mettre d'accord les canons qu'il y insérait et d'en éclaircir le sens. Cette contradiction ne frappe pas la Glose; mais elle croit en découvrir une autre entre le même passage et cet autre du Décret de Gratien, qui, prétend-elle, excuse complètement le vol nécessaire et a pour lui l'auto-

rité de la Bible [1] : c. 26, Dist. V, de consecratione : « Discipulos, cum per segetem trans eundo vellerent spicas, et ederent, ipsius Christi vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerint... » Ce canon parle de repos sabbatique, non de vol, ce que prouvera la citation de l'Evangile selon saint Matthieu, racontant, aux premiers versets du chapitre XII [2], l'anecdote à laquelle il fait allusion :

« En ce temps-là, Jésus traversa un champ de blé un jour de sabbat. Ses disciples, qui avaient faim, se mirent à arracher des épis et à manger. Les Pharisiens voyant cela lui dirent : Voici, tes disciples font ce qu'il n'est pas permis de faire pendant le sabbat. Mais Jésus leur répondit : N'avez-vous pas lu ce que fit David lorsqu'il eut faim (Marc, II, 25 : lorsqu'il fut dans la nécessité), lui et ceux qui étaient avec lui : comment il entra dans la maison de Dieu et mangea des pains de proposition, qu'il ne leur était pas permis de manger, non plus qu'à ceux qu étaient avec lui, et qui étaient réservés aux prêtres seuls ? Ou n'avez-vous pas lu dans la Loi que les jours de sabbat, les prêtres violent le sabbat dans le temple [3], sans se rendre coupables ?

Ce n'est point d'avoir volé des épis que Jésus excuse ses disciples, car la loi de Moïse les y autorisait, consacrant un usage encore en vigueur en Orient et que nous avons constaté

[1] Même erreur chez les auteurs modernes, jusqu'aux plus récents : Stammler, 20 ; Janka, 49-50 ; Göb, p. 8 n. 5.

[2] Traduction Segond. Même récit, Marc, II, 23-8 ; Luc, VI, 1-5.

[3] En offrant des sacrifices (Nombres, XXVIII, 9-10), ou en pratiquant la circoncision de l'enfant, qui doit se faire le huitième jour à partir de la naissance (Lévitiq. XII, 3). Il y a conflit de devoirs. — Le *Talmud* autorise la violation du sabbat dans les cas de nécessité les plus divers : Traité des Berakhoth, trad. Schwab. I, p. 373, 383 ; tr. Yôma, ch. VIII, n. 5 (Schwab, V, 252) ; tr. Schabbath, ch. XVI (sauvetage en cas d'incendie ; Schwab, IV, 160 sv.) ; tr. Pesahim, ch. VI, n. 1 (sacrifice pascal ; Schwab, V) ; tr. Beça, ch. II in f., III, V (Schwab, VI, 122, 132).

chez les Germains: Deut. XXIII, 24-5 : « Si tu entres dans la vigne de ton prochain, tu pourras à ton gré manger des raisins et t'en rassasier; mais tu n'en mettras point dans ton vase. Si tu entres dans les blés de ton prochain, tu pourras cueillir des épis avec la main; mais tu n'agiteras point ta faucille sur les blés de ton prochain. » Mais il y a dans le fait de cueillir les épis et de les froisser dans les mains pour en extraire le grain un travail, violation du sabbat que les Pharisiens, formalistes à l'excès, se refusent à excuser, bien que la faim l'ait nécessitée. Nous les voyons souvent blâmer Jésus lui-même d'opérer des guérisons le jour du sabbat [1]; reproches auxquels le Christ répond, en substance: Hypocrites! vous abstiendrez-vous du moindre travail ce jour-là, si c'est votre intérêt qui est en jeu et non la santé de malades dont, en égoïstes, vous n'avez cure? « Lequel de vous, si son fils ou son bœuf tombe dans un puits, ne l'en retirera aussitôt le jour du sabbat? » (Luc, XIV, 5). — Quant aux pains de proposition mangés par David, David les reçoit du prêtre Achimélec, il ne les vole pas (I Samuel, XXI, 1-6); mais il transgresse la loi qui voulait qu'ils ne fussent mangés que par les prêtres (Lévitique, XXI, 5-9).

Gratien lui-même voit dans l'acte des disciples une violation du sabbat, ce dont témoigne sa longue dissertation de la Causa XXV, q. 1, c. 16... Pars II : Jésus, dit-il, « apostolos quoque *contra litteram sabbati* per sata prætergredientes, spicas vellentes et confricantes manibus suis... excusavit. » Mais moins d'un siècle plus tard Huguccio de Pise conçoit ainsi le sommaire du canon « Discipulos » : « *Raptorem, vel furem*, non facit necessitas, sed voluntas », et la Glose — Barthélémy de Brescia, † 1258 —, en commentant ce canon, disserte sur le vol par nécessité. Si bien que le glossateur des Décrétales — Bernard de Parme, † 1263 — n'hésite pas à se baser sur ce même passage

[1] Marc, III, 1-5; Luc, VI, 6-10; XIII, 10-6; XIV, 1-6.

pour interpréter arbitrairement le chapitre « Si quis propter necessitatem famis » ; après avoir déclaré que ce chapitre souffre diverses interprétations, il continue : « In verb. pœniteat. Ex eo enim quod pœnitentia imponitur — « enim » se rapporte à la Summa, qui décide déjà que le texte ne vise que la necessitas non multum urgens —, colligit ut modica fuerit necessitas ; si enim magna fuisset non imponeretur pœnitentia. Ar. contra de consecr. dist. 5 discipulos. » Le vol nécessaire doit donc demeurer complètement impuni. Puis, recherchant le motif de l'impunité, la Glose le trouve dans la communauté des biens en cas de nécessité : « In necessitate omnia sunt communia » — argument inapplicable à la violation du sabbat — et cite à l'appui, à côté de nombreux passages conçus dans le même esprit[1], ces belles paroles de saint Ambroise, insérées au Décret de Gratien, Dist. XLVII, c. 8 §§ 2-4 : « Proprium nemo dicat quod est commune, quod plus quam sufficeret sumptum, etiam violenter obtentum est... Neque enim minus est criminis habenti tollere[2], quam quum possis, et abundes, indigentibus denegare. Esurientium panis est quem tu detines, nudorum indumentum est, quod tu recludis, et miserorum est redemptio et absolutio quam tu in terram defodis. » Il serait donc immoral, aux yeux de la Glose, de maintenir la propriété privée de biens que Dieu a donnés naturellement à tous les hommes, lorsque l'un, dans sa pauvreté, a besoin pour subsister des richesses de l'autre. Le propriétaire volé s'est trouvé dans l'obligation de secourir l'affamé et celui-ci a dû croire qu'il l'autorisait à s'emparer de son bien (debuit enim credere dominum permissurum). Il n'est pas

[1] A remarquer Dist. 86, c. 21 : « Pasce fame morientem ; quisquis enim pascendo hominem servare poteras, si non pavisti, occidisti. » Cf. Causa XII, q. 1, c. 2 qui s'en refère à Platon et à l'exemple des apôtres vendant leurs biens, et C. XXIII, q. 7, c. 3.

[2] Ces mots prouvent que saint Ambroise aurait été très étonné de voir qu'on argumentait de ses paroles pour justifier un vol.

étonnant qu'on ait appliqué aux rapports juridiques entre pauvre et riche les idées chrétiennes de socialisme ; au XVIIe siècle encore, Pufendorf dira que la nécessité transforme en obligation parfaite l'obligation naturelle du propriétaire de secourir le nécessiteux.

Mais, ajoute la Glose, si la faim excuse le vol, elle n'excuse pas la prostitution : les créatures humaines ne sont point des choses qui puissent devenir communes en cas de nécessité (creatura humana non venit in fructu) ! Et le Digeste dispose d'ailleurs expressément, l. 43 § 5, de ritu nupt. (23. 2), que « non est ignoscendum ei quæ obtentu paupertatis turpissimam vitam egit. » — (Il ne s'agit pas ici de nécessité, mais des femmes qui donnent leur pauvreté comme *prétexte* au *métier* de prostitution.) — « Il faut souffrir tous les maux plutôt que de consentir au péché. » Pourtant, dit en terminant le glossateur, « l'homicide par nécessité est excusé ». Ne nous étonnons pas de cette affirmation ; il s'agit du cas de légitime défense, et Bernard de Parme n'en base pas l'impunité sur la nécessité, il recourt à la plus étrange des explications : « Non interficio, imo potius se interficit qui me aggreditur » !

Que reste-t-il de commun entre cette théorie et celle de la nécessité dans le corpus juris canonici ? Plus rien. Chaque cas est résolu par des principes différents, et la question est rabaissée à celle de l'impunité du vol commis par l'affamé, impunité qu'on fait dériver des obligations du riche vis-à-vis du pauvre.

B. **La Doctrine**[1]. I. Il n'est pas au moyen âge un seul auteur qui considère le vol par nécessité comme punissable ; citons les noms les plus éminents : Alb. de Gandino, † vers 1300 ; Jac. de Belvisio, 1270-1335 ; Angelus Aretinus, † vers

[1] Cf. Janka, p. 51-9. Les assertions de Stammler, p. 27, sont inexactes. Pour les citations, v. notre liste bibliographique.

1455 ; Bonifacius de Vitalinis, un peu postérieur ; Decius Phil., † 1536 ; Bossius Aeg., † 1546 ; Cagnolus Hieron., † 1551 ; Clarus Jul., † 1575 ; Covarruvias Didac., † 1577 ; Damhouder Jodoc. † 1581 ; Gaill Andr., † 1587 ; Menochius Jacob., † 1607 ; Farinacius Pr., † 1618, et Dicastillo Joan., † 1653. L'impunité du vol nécessaire est pour ainsi dire alors un article de foi. Presque tous s'appuient sur la communauté des biens en cas de nécessité, que beaucoup mettent à la base de la Lex Rhodia de jactu, contenue au Digeste, qu'ils invoquent.

II. La « fornicatio » sous toutes ses formes, prostitution, adultère, inceste, etc., n'est pas excusée. La plupart répètent la Glose ; quelques-uns recourent à d'autres arguments. Ainsi Decius s'appuie sur le fait que par le vol seul il est aussitôt pourvu à la nécessité de la faim : « Non sic videtur in coïtu illicito, quia ex illo famis non satiatur » ! Mais, répond justement Covarruvias, il y est pourvu par l'achat d'aliments au moyen du prix retiré de la fornication, comme lorsque l'objet du vol est un vase précieux ; Covarruvias examine lui-même la question dans le plus grand détail et ne mentionne pas moins de sept arguments, dont deux méritent d'être cités, l'un pour sa tournure juridique, l'autre pour sa valeur intrinsèque.

Le premier, c'est la disparition en cas de nécessité d'un des éléments du délit de vol. Le consentement du propriétaire rend le vol impossible, et, ici, ce consentement est dû : « Injuria cessat plane ex consensu domini expresso vel tacito, dato quidem vel debito : qualis contingit tempore necessitatis, quo tenentur rerum domini consentire, quod pauperes eorum res accipiant ad subveniendum necessitati. » Mais le consentement de celui avec lequel est entrepris l'acte de fornication ne dépouille par cet acte de son caractère : « At præceptum quod fornicationem prohibet ideo eam prohibet quia mala est ipsa : cujus malitia voluntate et consensu humano tolli non potest. » Nous sommes en pleine fiction : le consentement du propriétaire

est imaginaire ; quant à la fornication, c'est contre l'ordre social et moral qu'est dirigé le délit et c'est le consentement de la société (accordé par la proclamation d'impunité), non celui d'un complice, qui serait juridiquement relevant.

Le second argument n'est pas sans valeur ; le voici, dépourvu de l'attirail scolastique dont le revêt Covarruvias : « Melius est divitem rei unius privationem pati quam ut pauper fame pereat ; . . . reipublicæ et rationi naturali magis convenit quemquam mori quam quod cum ea femina commercium carneale habeat quæ propria uxor non sit. » La conservation d'une vie humaine importe plus à la société que la sauvegarde de la chose du riche ; mais il lui importe plus encore qu'il n'y ait rapports charnels qu'entre mari et femme. C'est, formulé plus nettement et rationnellement appliqué, l'argument d'utilité que nous avons vu indiqué chez Cicéron ; mais nous arriverions aujourd'hui par le même raisonnement à une conclusion opposée à celle de Covarruvias : à ses yeux, la fornication est le plus grave des péchés ; ce n'est point aux nôtres le plus grave des délits et nos législations le prouvent en frappant l'assassinat d'une peine plus sévère que le viol même compliqué d'inceste. Nous dirions donc : l'absence de rapports charnels entre d'autres que mari et femme importe *moins* à la société que la conservation de la vie et nous proclamerions l'impunité. Il n'en est pas moins vrai qu'au point de vue du droit canonique, Covarruvias a raison.

Le principe de communauté des biens, qu'adoptent tous les canonistes, aboutit logiquement au droit de nécessité : l'affamé agit en propriétaire. Clarus est seul à le comprendre, et s'insurgeant contre l'opinion commune, il en tire la conséquence que le nécessité n'est pas astreint à la réparation du préjudice [1] :

[1] « In foro contentioso », c'est-à-dire au point de vue juridique : l'autre opinion est plus morale, « tutior in foro conscientiæ ». Janka, p. 58-9, comprend mal et ce qu'il dit du droit de nécessité nous semble inexact.

« cum enim factum fuerit *in jure permittente*, non est ulterius de restitutione tractandum. » C'est la première fois que nous entendons qualifier, en connaissance de cause, l'acte nécessaire d'exercice d'un droit ; le corpus juris canonici avait dit, sans doute : « Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum », mais ce n'était qu'une expression impropre de l'idée contenue dans l'adage « la nécessité n'a pas de loi », qui exempte de l'observation de la loi sans conférer aucun droit au nécessité[1]. L'opinion de Clarus est d'ailleurs restée isolée et n'a pas eu d'influence historique.

III. Il n'y a que le premier pas qui coûte ; une fois admis le faux principe qui se refuse à accorder à la vie, en toute circonstance, la faveur de la nécessité, on devait l'appliquer à tous les cas, excepté celui de vol qu'on résout par le principe de communauté des biens. L'homicide nécessaire est donc condamné. Covarruvias nous dit : « At tunc occisio hominis erit ob vitandam mortem licita, quoties haec extrema necessitas auferat malitiam actus et ideo agressorem occidentis... cessat malitia...., ex quo nulla injuria fit proximo qui, nocentissimus, propter agressionis causam occiditur.... Non erit idem si quis innocentem occiderit, quum non posset alioqui mortem effugere, scilicet ad vescendum corpus innocentis, ne fame pereat occisor. Nam haec extrema necessitas non tollit malitiam actus homicidii, cum adhuc, utcunque urgeat fames, innocens alter est, qui occiditur. » De même, Dicastillo[2].

Cependant tous les auteurs, se contredisant eux-mêmes,

[1] Une de ces différences fréquentes entre le droit réel et le droit formulé, que fait remarquer Ihering, Esprit du droit romain, 2e éd., I, p. 29-33.

[2] Nous avons cependant trouvé un auteur (le seul peut-être) qui voit juste et applique aux cas de prostitution et d'homicide le principe « necessitas non habet legem ». C'est le commentateur de Decius (sans doute J. Ferrarius Montanus) dans l'édition intitulée « Commentarii de Regulis Juris antiqui... Decii, Ferrarii, Cagnoli, Franci et Rævardi, 1593, Lugduni. » Il déclare nettement que la l. 43 § 5 D. de ritu nupt. ne vise pas le cas de

sont unanimes à proclamer l'impunité d'un cas spécial d'homicide par nécessité, l'homicide d'un tiers innocent à l'occasion d'une légitime défense ; ils y voient un accessoire indispensable de l'acte de défense. Citons Jul. Clarus, qui déclare que c'est la « communis opinio », depuis Angelus Aretinus : « Non solum licet insultato occidere ipsum insultantem, sed etiam licet occidere alium non offendentem, si ab illo insultante se aliter defendere non poterat, nisi istum interficeret (le cas de nécessité est, on le voit, clairement exposé).... Ego fui agressus a Titio, et Caius se interposuit ut rixam divideret, et ego ne interficerer, opposui Titio me insultanti, istum Caium mediatorem, qui ab eo fuit occisus.... Modo ego me defendendo percutio alium non debeo puniri, quia videor dare operam rei licitæ [1]. Et ita fuit absolutus per Senatum quidam Ant. Daverius, qui dum se ab alio insultante defenderet percussit quendam saxo, qui mortuus est, jussus tamen fuit ipse Daverius exsulare per annum 24. Octobris 1534. » La jurisprudence était donc d'accord avec la doctrine. — La seule particularité que présente cet homicide nécessaire, c'est que l'agent, qui pourvoyait déjà à sa conservation personnelle en se défendant contre un agresseur, *continue* à y pourvoir en s'attaquant à un tiers innocent, tandis que généralement la lésion est le premier acte de conservation. Mais la différence est sans portée : trouvé dans le fait que l'auteur agit pour la conservation de sa vie, acte de nature essentiellement licite (videor dare operam rei licitæ), le motif d'impunité peut aussi bien être allégué dans un cas que dans l'autre. Personne ne s'aperçoit alors de la contradiction ; pour nous, elle est significative : elle nous montre comment la vérité, chassée par la porte, rentre toujours par quelque fenêtre.

nécessité et qu'il faut distinguer le principe « tempore necessitatis omnia sunt communia » de cet autre principe « necessitas non habet legem ».

[1] C'est l'argumentation du droit canon en matière d'imprudence : voir notamment Dist. L, c. 50, Decr. Grat.

IV. Ainsi, tout en reconnaissant l'impunité du vol nécessaire, les jurisconsultes nient que la nécessité elle-même soit un motif d'impunité ; « propter necessitatem delinquere non oportet », dit catégoriquement Gaill. Ils argumentent de la disparition d'un élément essentiel au délit de vol : la chose d'autrui peut seule être volée, et la nécessité rend les biens communs entre les hommes, disent les uns ; , il n'y a pas vol sans « animus lucrifaciendi » et le nécessité, qui veut seulement apaiser sa faim, ne cherche pas à s'enrichir, disent les autres.

Concentrant toute leur attention sur le seul cas du vol, ils en viennent à donner à des détails une importance décisive, et à déterminer ainsi d'une manière toujours plus étroite les conditions de l'impunité. Leurs distinctions ont fortement influencé les rédacteurs de la Caroline et l'interprétation qu'ont faite de ce code la doctrine et la jurisprudence des derniers siècles ; aussi faut-il en dire quelques mots :

L'affamé vole de préférence des aliments, parce qu'il en peut immédiatement apaiser sa faim ; on finit par voir dans le vol d'aliments le seul vrai cas de nécessité. Decius et Cagnolus donnent pour argument que c'est le seul « ex quo immediate satiatur fur », oubliant que le chap. « Si quis », aux Décrétales, parle aussi de nudité et de soustraction de vêtements. — Cette restriction visant la nature, en entraîne une autre visant la quantité des objets volés : il se peut qu'il ne tombe sous la main de l'affamé qu'une chose de grande valeur, dont, après l'avoir vendue, il n'aura besoin d'affecter qu'une partie du prix à l'achat d'aliments ; mais, s'il trouve des comestibles à voler et qu'il en vole plus qu'il n'est nécessaire pour apaiser sa faim, le motif d'impunité ne s'appliquera pas au surplus, la quantité des aliments soustraits trahira une intention coupable. Aussi Cagnolus, n'excusant que le vol d'aliments, en vient-il naturellement à n'excuser que le vol modique ; il s'appuie sur le canon « Discipulos », qui parle d'un vol d'épis consommés sur place : « Tunc

excusetur rapiens quando modicum quid rapuit, ut famem satiaret, secus ergo si raperet magnam quantitatem cibariorum et comestibilium rerum.... Licitum est in necessitate uvas comedere in agro alieno, sed non exportare : et ideo rustici uvas exportantes trahuntur per plateas, uvis ad collum pendentibus.» Opinion que fait sienne le flamand Damhouder, le plus influent criminaliste de l'époque avant Carpzov. — Troisième restriction enfin : le voleur n'est absous que s'il a restitué les choses volées, dès qu'il l'a pu (v. surtout Covarruvias) ; on s'appuie sur les mots « si reddiderit » du chapitre « Si quis », comme si cette restriction n'était pas incompatible avec l'interprétation donnée au canon « Discipulos », interprétation qui oblige à voir avec la Glose dans le chapitre « Si quis » un cas de « necessitas remissior ».

Nous avons esquissé à grands traits le tableau de la doctrine du moyen âge basée sur le droit canon ; partie des bases les plus larges, elle aboutit aux résultats les plus étroits. Ce n'est plus le délit en général qu'elle excuse au nom de la nécessité : c'est — au nom d'un principe de communauté des biens, dont elle se garde bien de tirer toutes les conséquences juridiques, ce qui en montrerait le danger — le *vol d'aliments commis par l'affamé, s'il n'est pas considérable.* Exemple instructif, nous le répétons, de la vanité des raisonnements à vide.

§ 2. GENÈSE DE LA THÉORIE DE CONTRAINTE BASÉE SUR LE DROIT ROMAIN

Tandis que les dispositions du droit canon, mal comprises, servent de point de départ à une théorie objective qui est le germe des théories modernes du droit de nécessité, mais d'une regrettable étroitesse dans ses applications, celles du droit romain touchant la signification de l'ordre d'un supérieur en

matière de responsabilité amènent les jurisconsultes à examiner une question d'une grande portée et que s'étaient déjà posée les rhéteurs et philosophes de la Grèce et de Rome : quelle est l'influence des menaces et, en général, de la présence d'un danger sur l'état psychique de l'agent, et quelles doivent être ses conséquences en matière pénale? Les nombreux textes du corpus juris civilis sur l'état de nécessité ne sont point complètement ignorés ; mais personne ne songe à les rapprocher les uns des autres, ou, si l'on y songe, comme Belvisio et Gandino, l'on n'en extrait aucun principe. Les passages, par contre, qui traitent de l'ordre attirent spécialement l'attention. Les mœurs du moyen âge en sont peut-être la cause ; jamais les puissants ne se sont plus qu'à cette époque troublée servis des faibles comme instruments de leurs vengeances. A côté du vol commis dans la détresse de la faim et de l'homicide d'un tiers innocent en cas de légitime défense, l'assassinat perpétré sur l'ordre et dans la crainte d'un grand dut être alors le plus fréquent des délits nécessaires, et les besoins de la pratique les ont naturellement fait mettre tous trois au bénéfice de l'impunité.

Le droit romain, ayant surtout en vue les rapports entre esclave et maître, entre fils et père, base l'influence de l'ordre en matière de responsabilité sur l'absorption de la volonté de l'inférieur dans celle du supérieur et ne prend que rarement en considération le danger auquel s'expose l'inférieur en cas d'inexécution de l'ordre. Les jurisconsultes du moyen âge, au contraire, ayant surtout en vue l'ordre émanant d'un « vir potens », s'arrêtent de préférence à cette dernière considération ; de plus en plus, ils mettent l'accent, non sur l'ordre lui-même, mais sur les menaces expresses ou tacites qui l'accompagnent, faisant ainsi du cas d'ordre un cas de nécessité, qu'ils résolvent par le point de vue de la contrainte morale, inconnu au droit romain et auquel ils finissent par soumettre tous les cas de nécessité.

Gandino et *Angelus Aretinus* en sont encore à la théorie

romaine ; *Balde de Ubaldis* — † 1400 —, dans sa glose que citent tous les auteurs postérieurs, s'en écarte le premier, mais reste vague. *Decius* est plus précis; interprétant la règle « ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit » (l. 169 pr. D. de Reg. Jur 50. 17), il écrit : « Potens... mihi mandavit quod occidam Titium, alias quod me interficeret : ero excusatus, quia aliter vitam meam servare non possum » ; c'est donc l'impossibilité de sauver sa propre vie sans attenter à celle d'autrui qui excuse l'homicide. A quoi *Bossius* ajoute : « quod tamen intelligo quando verisimiliter debuit mandatarius dubitare de vita sua; aliter, quando esset solitus (minans) minari, nec tamen exsequi minas, non esset excusatus » ; il faut que l'auteur des menaces ait l'habitude de les mettre à exécution, pour qu'elles excusent celui qui y a cédé. Plus tard, *Clarus* nous dit que l'impunité de l'homicide commis sous l'effet de menaces de mort est l'opinion commune [1]; il distingue très nettement ce cas de celui d'ordre simple, qui n'excuse que les délits de peu d'importance, et d'ordre d'un « vir potens et severus », non accompagné de menaces, qui, même dans les « atrocioribus delictis », est un motif d'atténuation de la peine.

Vient enfin le français *Tiraqueau*, qui, dans son remarquable ouvrage « de Pœnis temperandis aut etiam remittendis », publié vers 1550, fait faire un grand pas à la question. Il parle non plus seulement de l'homicide, mais de tous les délits, non plus seulement de la crainte causée par les menaces d'un supérieur, mais de la crainte en général, et, s'insurgeant contre l'opinion commune, refuse à l'agent l'impunité complète.

Après avoir fait de la nécessité, « grave imperium cui ne dii quidem resistunt, » un tableau coloré où figurent pêle-mêle,

[1] Clarus lui-même ne base pas l'impunité sur la contrainte, il voit dans l'homicide par nécessité un acte de légitime défense : « Videtur quodam modo facere ad sui defensionem ne scilicet ipse occidatur » : mais il est seul de cette opinion.

dans des citations variées, tous les auteurs de l'antiquité grecque et latine, et assigné à la faim la première place au nombre des nécessités [1], Tiraqueau examine l'effet du « mandatum principis, dominis, parentis, magistratus vel alterius superioris » et établit à grand renfort de textes et de citations historiques qu'il doit entraîner la remise, ou tout au moins l'atténuation de la peine ; puis il met sur le même pied que l'ordre les prières d'un prince ou de quelque supérieur que nous avons de bonnes raisons de craindre (preas armatæ) et pose enfin un principe général : « Non solum in præcedentibus casibus, sed et alias semper, *qui inviti ac coacti delinquunt, utpote vi metuve compulsi ne vitam aut bona amittant, sunt levius puniendi.* » Il se réfère à Baldus et aux auteurs qui l'ont répété, mais ajoute : « Si isti intelligant hunc excusari ne puniatur lege Cornelia de sicariis, sed mitius, id haud dubie verum ; si vero ut omnino non puniatur, non admitterem. » La peine n'est qu'atténuée, parce que « coacta voluntas voluntas est... debemusque potius quælibet mala pati quam in malo consentire ». Notre devoir étant de ne pas céder à l'impulsion de la crainte, nous commettons un délit en y cédant, et, comme nous avons la volonté de le commettre, nous devons en être punis. Punis plus légèrement, il est vrai : « ejusque rei evidens est ratio, nam qui vi metuve compulsus est dolo caret, l. imo ff. de liberali causa ; » mais le droit romain, dans la l. 16 § 1 de liberali causa, sur laquelle s'appuie Tiraqueau, comme partout ailleurs, voit dans l'absence de dol un motif d'impunité complète ! Pourquoi Tiraqueau n'y voit-il qu'une circonstance atténuante ? C'est que le dol ne

[1] Il en fait dans son traité « de utroque Retractu » une effrayante description : Hæc pestis omnium rerum teterrima est et ad omne scelus suadendum efficacissima ; ex nullo malorum fonte fœdiora manarunt exempla : hinc cædes et infanda epula : hinc præcipitationes aliæque festinæ mortes ; et, quod atrocissimum est, reperti sunt qui seipsos laniarunt, quando obscenos morsus in alios vertere non potuerunt. »

renferme plus pour lui, comme pour le droit romain, un élément objectif (v. p. 78) ; ce n'est à ses yeux, comme aux yeux des criminalistes actuels, que l'élément volontaire de l'infraction. Aussi la contrainte morale, ne supprimant pas la volonté, ne peut-elle faire disparaître le dol ; Tiraqueau renvoie ses lecteurs à la Causa XV de son ouvrage, qui pose la règle « minor dolus, minor pœna », expliquant ainsi sa pensée ; c'est celle que préciseront les auteurs postérieurs : la contrainte morale, tout en laissant la volonté debout, l'affaiblit ; l'acte qui en est entaché ne provient qu'à demi de la volonté de l'agent contraint, il provient surtout de celle d'autrui. Tiraqueau qualifie cette contrainte de « conditionnelle », l'opposant à la contrainte physique, qu'il dit « absolue » et qui, elle, supprime toute responsabilité [1] : « Quae diximus intelligenda sunt in coactis conditionaliter, videlicet metu majorum malorum : qui certe puniuntur mitius, puniuntur tamen, utpote qui peccant... At coacti absolute, sive præcise... qui videlicet nihil conferunt secundum proprium motum, nihil certe peccant, neque puniuntur, ut qui potius pati quam agere videantur... Sic mulier vim passa. »

La théorie se précisera au XVIIe siècle avec Matthæus, au XVIIIe avec Filangieri, et règnera en maîtresse au commencement du XIXe. Quoique énergiquement combattue par Covarruvias, — « nullum majus malum quam peccatum », dit-il — elle est adoptée à l'époque de Tiraqueau par ceux qu'on appelle les « praticiens italiens », au nombre desquels il faut citer *Clarus, Menochius* et, surtout, *Farinacius*. Comme Tiraqueau, qui mérite bien, lui aussi, le titre de « praticien », et à la seule exception de Clarus, ils ne pensent pas que la contrainte morale doive entraîner l'impunité complète ; ils infligent au nécessité

[1] Toutes les législations l'ont reconnu, depuis le Deutéronome (XXII, 25-7). Mais Tiraqueau est le premier auteur qui, à l'exemple du c. 5. X, de his quæ vi (1. 40), distingue en les rapprochant la contrainte physique et la contrainte morale.

une « pœna extraordinaria », solution seule conforme au principe de contrainte morale. Cette contrainte ne saurait être absolue et constituer une force irrésistible ; celui qui y a cédé n'a pas résisté, sans doute, mais il pouvait résister — nous nous plaçons au point de vue des partisans de la liberté de la volonté, les seuls qui puissent parler de contrainte morale.

Mais à plus tard l'éclaircissement de cette question. Il nous nous faut revenir quelques pas en arrière, jusqu'au commencement du XVIe siècle, où nous voyons se dresser le plus grand monument législatif de l'époque, la « constitution criminelle de Charles-Quint », vulgairement désignée sous le nom de « Caroline ».

CHAPITRE VI

LA CAROLINE ET LE DROIT COMMUN

La constitution criminelle de Charles-Quint, de l'an 1532, n'a rien innové ; ce n'est pas là son mérite. Plus encore que l'œuvre législative dont on la dit fille — la « mater Bambergensis » —, elle devait tenir compte des idées et coutumes régnantes, ayant à faire accepter sa suprématie des ressortissants d'un grand empire, et non point seulement des habitants d'un petit territoire. Pour ce qui est de l'état de nécessité, nous y trouvons cristallisés les résultats des travaux des criminalistes italiens, popularisés en Allemagne dès la fin du XVe siècle, rien de plus. Deux articles sur le vol par nécessité, un autre sur l'homicide de tiers à l'occasion d'une légitime défense ; ce sont là les deux seuls cas sur l'impunité desquels la doctrine fut alors unanime. La théorie générale de contrainte n'en est encore qu'à ses débuts.

L'article 166, qui excuse le vol nécessaire, a une grande importance historique ; il a vécu autant que le droit pénal commun de l'Allemagne, c'est-à-dire jusqu'à notre siècle, et c'est à en faire la théorie, plutôt que la théorie de la nécessité elle-même, que s'est attachée la science allemande jusqu'à Kant. On sait aussi que la Caroline, expressément ou tacitement adoptée par les cantons suisses allemands, y a été en vigueur jusqu'au Code Helvétique de 1799.

§ 1. LES ARTICLES 166 ET 175 [1]

L'article 166 est ainsi conçu : « Stelen in rechter hungersnott. — Item so jemandt durch recht hungersnott, die er, sein weib oder kind leiden, etwas von essenden dingen zu stelen geursacht würde, wo dann derselb diebstall tapfer gross und kündtlich wer, sollen abermals richter und urtheyler als obsteht radts pflegen. Ob aber der selbigen dieb einer unsträfflich erlassen würd, soll jm doch der kleger umb die klag desshalb gethan nichts schuldig sein. » Soit, en français : « Du vol en cas de vraie famine. Si un vol d'aliments a été vraiment nécessité par la faim dont souffrait l'auteur du vol, sa femme ou son enfant, et que ce vol soit considérable [2] et manifeste, les juges délibèreront à nouveau, comme il vient d'être dit. Quoique relâché sans punition, le voleur n'aura pas recours contre le plaignant pour le fait de la plainte. » D'où, argumentant a contrario, nous concluons que si le vol n'est ni considérable, ni manifeste, l'impunité est immédiatement acquise à l'accusé. La constitutio criminalis Bambergensis, de 1507, était moins large ; son article 192, auquel est identique l'article 194 de la Brandeburgensis de 1516 et que, sauf cette petite modification, la Caroline reproduit textuellement, disait : « und doch derselbig diebstall *nit* sunderlich gross, geverdlich oder schädlich were (et que le vol *ne soit pas* particulièrement considérable, dangereux et dommageable) », c'est-à-dire que les juges devaient toujours délibérer à nouveau et que le vol considérable n'était jamais impuni.

[1] *Güterbock*, Entstehungsgeschichte der Karolina, 1876, p. 242-5, 254-7 ; *Brunnenmeister*, Quellen der Bambergensis, p. 280-3 ; 182-3, 177 ; 206-12 ; Stammler, 25-7 ; Janka, 65-71 ; Göb, 11-2.

[2] « Tapfer » se rapporte à « gross » ; Walch, op. cit., § XIII, y voit un adjectif et le traduit par audacieux, c'est-à-dire commis à main armée, à l'aide d'escalade ou d'effraction.

Cette distinction entre le vol considérable et modique, qui remonte aux criminalistes italiens (v. p. 110), a, croyons-nous, pour source une présomption touchant l'existence même de la nécessité : il ne faut pas beaucoup d'aliments pour apaiser la faim de quelques individus [1], d'où le soupçon que le vol considérable n'a pas été dû à la nécessité et que le voleur s'est servi de sa pauvreté comme d'un prétexte ; les lois n'en arrivent que lentement à séparer nettement la question de preuve et la question de fond. La séparation est accomplie ici par la Caroline, qui se contente d'exiger, dans le cas de vol considérable, un examen plus soigneux des faits. La modification qu'elle apporte à la Bambergensis n'est du reste point due au hasard, comme le croit Zöpfl, qui, dans son édition classique de la Caroline, a rétabli le « nicht » de la Bambergensis. Le premier projet de la constitution impériale, de 1521, contient encore la négation ; mais elle disparaît dès le second projet, de 1524 — c'est précisément alors que Schwarzenberg, auteur de la Bambergensis, cesse de collaborer à la rédaction de la Caroline —, et ne reparaît pas dans le troisième, de 1529. On ne la trouve ni dans la *Hassiaca* de 1535 (art. 141) ni dans aucune des traductions latines et des éditions successives de la Caroline. C'est donc le sachant et le voulant que le législateur a supprimé la négation ; suppression heureuse, car elle élargit sensiblement les prérogatives de la nécessité que l'article 166, suivant les errements de la doctrine du temps, restreint déjà trop.

L'article 175 sert à l'interprétation de l'article 166 : « Item es sollen auch die diebstall, so an gewechten dingen und stetten begangen, die hungersnott... auch angesehen und wie von weltlichen diebstalen desshalb gesetzt ist, darinn gehandelt werden. » Ce qui signifie : « Dans les vols de choses sacrées et

[1] Cf. Kress, Commentatio, art. 166, n. 6 : « Nec enim famis necessitas furtum magnum pro necessario veluti remedio requirit, sed pauciorum rerum occupatione fami ad interim toleranda consuli potest. »

commis en lieu saint, la nécessité de la faim sera prise en considération... ainsi qu'il a été prescrit au sujet des vols profanes. » Comme on ne peut voler des aliments dans une église, cet article autorise à affirmer que l'excuse de la nécessité ne s'applique pas qu'au vol d'aliments, seul mentionné par l'article 166, mais à toute espèce de vols, ce qu'ont nié quelques commentateurs.

§ 2. L'ARTICLE 145 [1]

En voici la teneur : « Item so eyner inn eyner rechten bewisen notweer wider seinen willen eynen unschuldigen mit stichen, streychen, würffen, oder schiessen, so er den nöttiger meynt, treff und entleibt het, der ist auch von peinlicher straff entschuldigt (Sera excusé de la peine criminelle celui qui, en cas de défense nécessaire et dont la justice aura été prouvée, aurait, contre sa volonté, atteint et tué un innocent, en pointant ou frappant à coups d'épée, ou en tirant à coups de pierre ou de feu, alors qu'il pensait atteindre l'agresseur). » L'assailli a commis une maladresse coupable et serait puni, s'il ne s'était trouvé dans la nécessité de se défendre et, pour se défendre, de porter des coups à son adversaire, fût-ce même au risque d'atteindre un innocent ; c'est bien là un cas de nécessité. Il est donc inexact de dire que la notion de l'état de nécessité n'est dans la Caroline que celle d'un conflit entre la vie et la propriété. Le fait de l'imprudence enlève sans doute à l'homicide une partie de sa gravité ; mais, abstraction faite de l'état de nécessité, il reste coupable et punissable. D'autant plus que la Caroline n'entend pas parler seulement du cas de pure imprudence, où l'agent n'a nullement conscience des conséquences possibles de son acte, mais aussi du cas où, entrevoyant ces conséquences, il agit dans l'espérance de les éviter. L'assailli

[1] *Schütze*, Theilnahme, 1869, 297-8 ; Janka, 69-71 ; Brunnenmeister, 183.

savait qu'en tirant sur l'agresseur il risquait d'atteindre un tiers et s'est payé de l'espoir qu'il ne l'atteindrait pas; il a tué contre son gré (wider seinen willen). C'est plus qu'une imprudence aux yeux des criminalistes modernes.

Cet article est la copie de l'article 171 de la Bambergensis, et s'il est douteux que Schwarzenberg ait eu conscience de l'analogie intime de l'acte qu'il excuse avec le vol nécessaire, il est du moins certain qu'il a vu dans le meurtre du tiers autre chose qu'un acte de légitime défense. Il excuserait autrement l'homicide intentionnel, qu'il condamne, sa gravité le rendant plus difficilement excusable. Peut-être n'a-t-il, il est vrai, songé qu'au cas le plus fréquent, celui du coup mal dirigé contre l'agresseur; plus rare est le cas de lésion intentionnelle, qui se présente lorsque l'assailli se sert d'un tiers comme bouclier ou, se dérobant à l'attaque, le tue pour se frayer un passage. Mais l'origine même de l'article de la Bambergensis nous prouve que Schwarzenberg a pris l'état de nécessité en considération; guidé par les criminalistes italiens qui s'y référaient et dont les explications manquaient de clarté, en particulier par Angelus [1], Schwarzenberg a dû remonter à la loi 45 § 4 D. ad legem Aquiliam — il en a été parlé à propos du droit romain—, ainsi conçue :

« Paul. Qui, cum aliter tueri se non possint, damni culpam dederint, innoxii sunt : vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt. Sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed prætereuntem percussero, tenebor lege Aquilia : *illum enim solum qui vim infert ferire conceditur.* »

« Il n'est permis de tuer que l'agresseur », dit Paul ; il condamne le meurtrier du tiers, mais à la réparation du préjudice seulement; le meurtre est du reste impuni (v. p. 69-70).

[1] Dans un passage (Gl. et dictus Titius, citée par Brunnenmeister, p. 183), il condamne l'homicide du tiers; dans un autre (Gl. Atholus), il l'excuse. C'est qu'il se place, ici au point de vue pénal, là au point de vue civil.

Schwarzenberg excuse, mais, il le dit expressément, il excuse de la peine criminelle, « von peinlicher straff » — la Caroline en frappe l'homicide par imprudence — et de la peine criminelle seulement ; il ne dit pas, comme de l'assailli tuant l'agresseur (art. 164) : « der ist darumb niemant nichts schuldig (il ne doit de ce fait rien à personne). » Il entend donc laisser subsister la composition alors en usage pour l'homicide par imprudence [1] et qui correspond aux peines privées du droit romain, de sorte que sa solution est identique à celle du jurisconsulte de Rome.

Quoi qu'il en soit, la doctrine du droit commun allemand n'a jamais rapproché l'article 145 de la Caroline de l'article 166. La plupart même se croient en présence d'un véritable cas de légitime défense ; ainsi Kress, qui dénature le sens des mots « wider seinen willen », pour qu'ils n'excluent pas l'impunité de l'homicide intentionnel : « Ad art. 145... Wider seinen willen : quod de exclusione doli mali capio, aut insignis oscitantiæ culpæque. Nam ad sui necessariam defensionem licet quoque scienti volenti tertium occidere, siquidem in hac specie licito fine nempe sui defensione licita quoque debent esse necessaria finis media. » D'autres, mais ils sont rares, reconnaissent qu'il n'y a pas légitime défense ; ainsi le célèbre Carpzov, qui base l'impunité, soit sur le fait de simple imprudence, soit sur la considération que l'auteur ne pouvait autrement échapper à la mort (maxime si mortis periculum evadere non potuerit) [2].

Si l'article 145 a joué un moins grand rôle historique que l'article 166, il est du moins par lui-même significatif : l'homicide nécessaire, généralement regardé comme punissable à cette époque, se voit assurer l'impunité dans un cas particulier. C'est

[1] Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1888, p. 299, note 7.

[2] Practica nova, 1638, pars I, quæst. 29, num. 34.

ainsi qu'instinctivement le bon sens de l'individu le met en contradiction avec ses théories et l'empêche de les appliquer. Il est fâcheux que la doctrine du droit commun n'ait point soupçonné cette contradiction, car, en cherchant à l'écarter, elle eût certainement fait faire un grand pas à la théorie de l'état de nécessité ; en rabaissant la question à celle du vol nécessaire, elle se condamne d'avance à une étroitesse de vues exclusive de tout progrès.

§ 3. LE VOL NÉCESSAIRE DANS LE DROIT COMMUN ALLEMAND [1]

L'apparition de la Caroline passe inaperçue, la jurisprudence et la doctrine allemandes vivant encore au XVIe siècle dans la plus complète dépendance des juristes italiens ; c'est pourquoi nous avons parlé de cette époque avant de parler de la Caroline elle-même. Ce n'est qu'au commencement du XVIIe siècle que les deux grands criminalistes saxons *Berlich* et *Carpzov* donnent le branle au mouvement qui va créer le nouveau droit pénal commun. Dans la question du vol par nécessité, ils se présentent comme traits d'union entre la doctrine du moyen âge et les doctrines modernes ; on peut dire qu'ils attribuent simplement à la Caroline leur propre théorie du vol par nécessité, basée, soit sur la doctrine antérieure, soit sur la jurisprudence saxonne. De là une double conséquence, une interprétation à la fois étroite et extensive de la Caroline :

D'une part, interprétation étroite, résultat naturel de la tendance des auteurs précédents à restreindre toujours plus la signification de la nécessité : Berlich et Carpzov se refusent à laisser le vol nécessaire complètement impuni [2]. Ils l'exemptent

[1] Stammler, 28-34 ; Göb, 11-4 ; Janka, 67-8, 71-3.

[2] *Berlich*, Conclusiones, V, 1618, co. 44, n. 40-7 ; *Carpzov*, op. cit. II, 83, n. 40-52. A la même époque, décision semblable chez un représentant de l'ancienne école, *P. Theodoric*, Criminale Collegium, 1618, Disp. II, Th. 8, h.

bien de la « pœna ordinaria », mais point de l' « extraordinaria », décision inconciliable avec l'article 166 du code : « Licet necessitas famis reum a pœna (ordinaria) suspendii liberet — dit Carpzov — is tamen propterea ab omni pœna nequaquam immunis est, sed mitiori quodam supplicio pro arbitrio judicis affici potest ; » à moins cependant que le vol ne soit très modique et que l'accusé n'ait déjà subi quelque temps de prison préventive. La jurisprudence saxonne suit alors les mêmes errements, témoins les nombreux jugements que cite Carpzov ; la peine qu'ils prononcent n'est rien moins que la bastonnade jointe au bannissement perpétuel !

D'autre part, interprétation extensive et qu'il faut approuver sans réserve, comme répondant seule aux besoins de la pratique. Berlich et Carpzov étendent le terme de « Hungersnot » (nécessité de la faim) à toute nécessité qui met en danger la vie, à la nécessité du froid en particulier, et celui de « Esswaaren » (aliments) à toutes choses ; on peut donc voler quoi que ce soit, quand la mort ne peut être autrement évitée.

L'influence de Carpzov, dont pendant un grand siècle l'autorité de criminaliste reste incontestée, ne se fait heureusement sentir ici que dans ce que son opinion avait de juste. Tout en adoptant son interprétation extensive de l'article 166, la doctrine proclame dès la fin du XVIIe siècle l'impunité complète du vol nécessaire [1], l'influence des théories générales qui commencent à se répandre avec Grotius, Matthäus et Pufendorf contrebalançant heureusement celle du célèbre Saxon. Ces théories ne sont du reste prises en considération que dans leurs applications au cas spécial du vol, le seul dont traitent la grande majorité des auteurs jusqu'à la fin du XVIIIe siècle ; ils ne conçoivent jamais l'état de nécessité que comme un conflit entre la vie et la propriété et n'en parlent pas dans la partie

[1] *Fritsch*, dans son « Telum necessitatis », 1661, la refuse encore.

générale de leurs traités de droit pénal comme d'un motif d'impunité applicable à tous les délits, mais dans la partie spéciale à propos du vol. Nous verrons, en examinant les théories générales de la nécessité, les raisons qu'ils allèguent pour justifier l'article 166 de la Caroline ; contentons-nous ici d'énumérer brièvement les conditions dont, entrant de plus en plus dans le détail, ils font dépendre l'impunité du vol nécessaire :

1° *Nature de la nécessité :* il faut qu'elle soit extrême et ne consiste pas en un simple besoin ; la vie doit être menacée, peu importe comment, par la faim, la soif, le froid ou toute autre circonstance. Stryk emprunte à Pufendorf l'exemple suivant : « Versatur quis in regione ignota et aliena ; ab injusto invasore impetitur. Salutis via nulla est, nisi ut fuga arripiatur. Adest ad manum alienus equus, sed cujus restituendi nullum medium adparet, quum nec dominus noscatur et equus longius sit abducendus. »

2° *Moyens d'y remédier :* le vol doit être le seul recours possible contre la mort ; Kress blâme justement la sévérité exagérée de la plupart des auteurs — ainsi Böhmer, Engau, Quistorp, Grotius, Stryk — : « Comment un pauvre pourrait-il se rendre successivement chez tous les habitants de sa localité, pour les supplier de le secourir et leur offrir ses services, puis prouver que ces tentatives ont été inutiles ? Est-il sage, le juge qui a vis-à-vis des malheureux des exigences semblables, auxquelles il ne peuvent moralement satisfaire ? »

3° *Objet du vol :* reconnaissant d'autres nécessités que celle de la faim, parce que le même motif d'impunité s'y applique, la doctrine, qui s'appuie aussi sur l'art. 175 de la Caroline, admet qu'on peut voler autre chose que des aliments ; quelques-uns, comme Simon, Walch et Feuerbach, combattent cependant cette interprétation extensive de l'art. 166.

4° *Personnes en danger :* ce peuvent être, aux termes stricts de la Caroline, l'agent lui-même, sa femme ou ses enfants ;

d'après quelques-uns — Schulz, Böhmer, Tittmann —, qui que ce soit; d'après d'autres — Schott, Quistorp, Walch —, opinion conforme à l'esprit du code, tous ceux qu'unit à l'agent un rapport étroit de parenté ou, s'il s'agit de la nécessité de la faim, qu'une obligation alimentaire lui fait un devoir de nourrir.

5° *Faute :* on condamne unanimément celui que sa paresse ou sa prodigalité ont réduit à la misère, jusqu'à ce que Böhmer (le premier criminaliste de l'Allemagne au siècle dernier) vienne poser la question sur son véritable terrain ; elle sera discutée plus tard.

6° *Personne volée :* la Caroline n'excusant pas l'homicide nécessaire, on ne peut voler à autrui son dernier morceau de pain, parce qu'on compromet alors sa vie (Berlich, Engau, Beyer, delineatio juris crim. 1722) ; Böhmer, Koch et Quistorp excusent cependant ce vol, à l'époque, il est vrai, où se répand l'opinion que l'homicide par nécessité doit rester impuni.

7° *L'intention de restitution* est naturellement exigée de ceux qui basent l'impunité sur l'absence d'« animus lucrifaciendi » — Pufendorf, Stryk et, d'après Stammler (qui cite à tort Grotius), Simon et Schott —.

8° Seuls Berlich et Kress, influencés par Damhouder et méconnaissant l'intention du législateur, voient dans la *grandeur du vol* un obstacle à l'impunité.

Telle a été jusqu'à nos jours la théorie du vol nécessaire, ce cas de nécessité autrefois typique, qu'ont rendu si rare les progrès de la civilisation. Nous allons voir enfin les idées s'élargir et la question du vol nécessaire devenir celle de l'état de nécessité.

CHAPITRE VII

PHILOSOPHES ET JURISCONSULTES AU XVIIe ET AU XVIIIe SIÈCLE

Le XVIIe siècle assiste au renouveau de la philosophie du droit ; la raison de l'homme prend conscience de sa force et commence à marcher sans autre appui qu'elle-même, tandis que jusque-là les idées des écrivains célèbres du passé, entassées dans d'informes fouillis de citations, et les dispositions, souvent mal comprises, du droit romain et du droit canonique avaient tenu lieu de la réflexion propre. On comprend que la question de l'état de nécessité, qui, plus que toute autre, se prête aux développements philosophiques, fasse alors un pas de géant : l'étude de ce conflit tragique entre l'intérêt et le devoir, sa solution d'une manière satisfaisante pour la société, placée dans la triste alternative de renier son but, en exigeant de l'individu qu'elle doit protéger qu'il se sacrifie, ou de le renier encore en autorisant la violation des lois fondamentales de l'ordre social, cette étude doit tenter également le philosophe, le moraliste et le jurisconsulte. Grotius et Pufendorf l'abordent en philosophes, Thomasius et Wolff en moralistes, Matthäus en jurisconsulte ; Kant, le premier, se placera au point de vue exclusif du criminaliste.

§ 1. GROTIUS : THÉORIE D'ÉQUITÉ ET DE RETOUR A L'ÉTAT DE NATURE

On attribue communément à l'auteur du « de Jure belli ac pacis » une théorie de la nécessité d'une rare étroitesse [1]; et pourtant, le savant hollandais s'est signalé ici par la plus remarquable largeur de vues. C'est que, des nombreux passages qu'il a consacrés à l'état de nécessité [2], on n'en mentionne qu'un, célèbre en Allemagne parce qu'il intéressait spécialement les commentateurs de la Caroline, celui qui concerne le vol nécessaire.

Grotius [3] veut que la loi soit interprétée selon les règles de l'équité, qui commande de « redresser ce qui s'y trouve de défectueux à cause des termes trop généraux dans lesquels elle est conçue.... Comme elle ne peut prévoir ni spécifier tous les cas, il faut nécessairement avoir quelque liberté d'en excepter ceux qui seraient exceptés par celui-là même qui a parlé, s'il était présent.... Un indice qui oblige à excepter certains cas, comme ne s'accordant point avec la volonté de celui dont on explique les paroles, c'est lorsqu'en s'attachant scrupuleusement aux termes il résulterait de là quelque chose, non pas à la vérité d'illicite en soi, et à tous égards, mais qui, à en juger équitablement, serait très dur à supporter ; soit en égard à la constitution de la nature humaine en général, soit en compa-

[1] *Köstlin*, Revision, p. 598 ; *Berner*, de impunit. p. 23 et les auteurs les plus récents : Janka, 66-7 ; Stammler, 48 et Göb, 14-5.

[2] Passage capital : l. I, c. 4, § 7 (cf. II, 16, §§ 26-7) ; applications : I, 5, § 4 ; II, 2, §§ 6 sv. : II, 6, §§ 5-6 et 24, § 6 ; III, 12, § 1 ; III, 17 ; III, 20, § 37. Ces exemples sont pour la plupart empruntés au droit public, auquel est consacré le « de Jure belli ». — En matière pénale : II, 20, §§ 19 et 29 ; III, 11, § 4, n. 4. — Autre point de vue : III, 1, § 2.

[3] Trad. Barbeyrac, II, 16, §§ 26-7. — Le livre de Grotius date de 1624.

rant la personne et la chose dont il s'agit avec le but même de l'engagement (ou de la loi).» Ces règles d'équité, dont le double rôle consiste donc à tenir compte, dans chaque cas d'application des lois, et de la nature humaine, parce que c'est à des hommes que s'adresse la loi, et du but que celle-ci poursuit, conduisent à mettre le nécessité au bénéfice d'une exception à la loi ; voici comment Grotius s'exprime à ce sujet, dans le plus important des passages qu'il consacre à l'état de nécessité (l. I, ch. 4, § 7) :

« Même parmi les lois divines, il en est qui, quelque générales qu'elles soient, renferment l'exception tacite des cas d'une extrême nécessité... Ce n'est pas que Dieu n'ait plein droit de nous obliger à faire ou ne pas faire certaines choses, quand même nous serions exposés par là à mourir certainement : mais il y a des lois de telle nature qu'on a tout lieu de croire que, tout maître absolu qu'il est, il ne demande pas qu'on porte à leur égard l'obéissance si loin : ce qu'on doit par conséquent présumer encore plus des législateurs humains. Les lois, même des hommes, peuvent sans doute prescrire certains actes de vertu si indispensablement qu'elles n'exceptent pas même le péril de mort le plus certain ; comme quand on défend au soldat d'abandonner son poste, » et, de même, toutes les fois qu'il y va de l'existence de la société ou qu'il s'agit d'éviter la « ruine d'un grand nombre d'innocents... Mais on ne présume pas légèrement que telle ait été la volonté du législateur... car les hommes doivent faire leurs lois et les font ordinairement de telle manière, qu'ils ont toujours devant les yeux la faiblesse humaine (*Ferri enim leges solent et debent cum sensu humanæ imbecillitatis*). » D'ailleurs, « plus ce qui court le risque de périr est considérable et plus l'équité veut qu'on restreigne les paroles de la loi pour autoriser le soin de la conservation d'une telle chose: » L'exception à la loi est basée ici sur la considération de la nature humaine, dont Grotius dit, dans son

chapitre sur les peines (II, 20) : « Le mouvement intérieur qui nous porte à éviter le mal est le plus naturel de tous, et, par conséquent, de tous les désirs le plus honnête », et dont il déduit la règle que « les hommes ne doivent pas punir les fautes inévitables, qui sont une suite de la fragilité de notre nature. » N'y doit-on pas comprendre l'acte nécessaire ?

Quant à la considération du but poursuivi par le législateur, qui, elle aussi, oblige parfois à interpréter la loi contrairement à sa lettre, selon les règles de l'équité, elle entre en jeu dans les cas de nécessité où l'individu ne peut conserver sa vie ou ses choses qu'en se servant de la chose d'autrui ou en la détruisant ; la loi qui a institué la propriété disparaît alors, car la laisser debout serait aller à l'encontre du but d'utilité humaine qu'ont poursuivi les premiers hommes en l'introduisant ; ce serait méconnaître l'intention du législateur : « De là il s'ensuit que dans un cas d'extrême nécessité, le droit ancien de se servir des choses qui se présentent revit en quelque manière, tout de même que si elles étaient encore communes... Si l'on eût demandé à ceux qui ont fait le premier partage des biens communs ce qu'ils pensaient là-dessus, ils auraient répondu ce que nous disons ici. » Ce passage — au chapitre second du livre second — attira naturellement toute l'attention des criminalistes de l'époque ; il s'appliquait directement au vol nécessaire et donnait une base scientifique au principe des canonistes : « tempore necessitatis omnia sunt communia. »

Ainsi, s'il faut excepter de la loi le cas de nécessité, ce n'est que pour se conformer à la volonté du législateur, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de lois fondamentales de l'ordre social, des premiers hommes qui abandonnèrent l'état de nature pour s'unir en société. Grotius regarde l'acte nécessaire comme juridiquement irrelevant ; c'est ce que dira plus tard Fichte. Mais tandis qu'aux yeux de ce dernier le nécessité, que la loi ne régit plus, ne fait qu'user de violence, il use souvent, aux yeux

de Grotius, d'un droit naturel que l'état social avait fait disparaître : « Necessitas rem reducit ad merum jus naturæ [1]. » Ce retour à l'état de nature auquel aboutit sa théorie, du reste si remarquable — elle suffit à baser l'impunité de tous les actes nécessaires [2] — en est le côté faible ; la science d'aujourd'hui a reconnu que l'état de nature et les contrats sociaux n'ont jamais été qu'une invention de philosophes ; comme le dit déjà Leyser au siècle dernier [3] « Quid opus est primævam communionem, qualis vel nunquam fuit, vel, si fuit, obscurissima et intricatissima ac lapsis tot sæculorum obliterata et nunc incognita est, excogitare aut reducere ? » S'il écrivait de nos jours, Grotius ne parlerait plus d'équité et de passage de l'état de nature à l'état social, il parlerait de justice et de législation, et sa théorie serait, tantôt celle de faiblesse humaine en vogue au XIXe siècle, tantôt une théorie originale, se refusant à appliquer la loi au cas de nécessité parce qu'elle irait alors à l'encontre de son but, idée qui semble à la base des théories modernes les plus récentes. Celle de Grotius a du reste le mérite de toutes les théories objectives : avant de rechercher si la violation de loi doit être excusée en cas de nécessité, elle se demande si cette violation ne disparaît pas en même temps que la loi à violer elle-même, question résolue affirmativement.

Stryk, jurisconsulte éminent, dans sa dissertation « de Jure necessitatis » — 1712, præf. et cap. I, §§ 5, 7 —, la plus connue de toutes celles qui ont été publiées à cette époque,

[1] II, §§ 5, 6 n. 8.

[2] Théorie d'équité analogue chez *Schütze*, Theilnahme, 1869, p. 296-7.

[3] Meditationes, spec. 537, med. 1, 2. — Dans notre siècle, *Œrsted*, (Nothrecht, 1822, p. 348-51) argumente encore de la communauté primitive des biens et du contrat social de propriété ; et une théorie analogue sur le cas du jet à la mer se retrouve chez *Rossi*, qui admet un contrat fictif entre les navigateurs et les propriétaires des choses chargeant le navire (Traité de droit pénal, p. 303-5).

adopte les idées de Grotius, avec quelques modifications inspirées de Pufendorf et de Thomasius et sans reproduire la théorie accessoire de communauté primitive des biens.

§ 2. THÉORIES DE CONSERVATION PROPRE

A. **Pufendorf et Wenckebach.** Ici comme partout, *Pufendorf* se montre habile systématisateur. Sa théorie n'est autre que celle de Grotius, légèrement modifiée ; mais il l'expose avec plus de méthode et de précision, et sait en tirer toutes les conséquences. Puis, jugeant le sujet digne d'un chapitre spécial, de son grand ouvrage sur le « Droit de la nature », il attire sur lui l'attention des savants.

Quiconque croit en Dieu, dit-il [1], doit être convaincu qu'en maître absolu de notre vie, il peut nous imposer des lois d'une telle sévérité qu'il nous faille mourir plutôt que de les violer ; et c'est aussi le cas de quelques lois humaines. Mais, en général, on peut présumer de ces dernières qu'elles ne créent pas de si dures obligations, car leurs auteurs, « s'étant proposé de contribuer à la sûreté ou à l'avantage et à la commodité des hommes, sont censés ordinairement avoir eu devant les yeux la faiblesse (teneritas) de la nature humaine et *le penchant invincible qui nous porte à fuir et à éloigner tout ce qui tend à nous détruire.* C'est pourquoi on suppose que les cas de nécessité sont tacitement exceptés dans la plupart des lois, en sorte qu'elles n'obligent point lorsque leur observation serait suivie de quelque mal destructif de notre nature ou assez grand pour surmonter la fermeté ordinaire de l'esprit humain. »

S'inspirant du matérialisme de Hobbes, Pufendorf s'appuie et s'appuie le premier sur *l'instinct de conservation propre ;* mais

[1] Trad. Barbeyrac, l. II, ch. 6. — Janka, 78 et Göb, 16, comprennent mal cette phrase. Cette partie du livre de Janka (p. 73-85) contient du reste de nombreuses inexactitudes.

ce n'est pas sa légitimité qu'il allègue, comme plus tard Thomasius et de nos jours Janka, c'est son irrésistibilité : il est dans la nature de l'homme de céder aux impulsions qui en proviennent (non possit non homo omni studio ad se conservandum conniti) et le législateur doit en tenir compte, par indulgence (ex benevola legislatorum mente simulque naturæ humanæ consideratione). C'est à peu près ce qu'avait dit Grotius : « Ferri leges solent et debent cum sensu humanæ imbecillitatis. » — Comme Grotius encore, Pufendorf exempte le nécessité de l'observation de la loi, sans cependant lui conférer jamais un droit contraire ressuscité de l'état de nature, un « jus naturale reviviscens », comme dira Wolff.

Mais, et c'est là son grand mérite, Pufendorf élargit heureusement la notion de l'état de nécessité. La plupart n'y comprenaient alors que les cas où la conservation de la vie nécessite une atteinte à la propriété ; Grotius, faisant un pas en avant, y avait joint ceux où l'atteinte à la propriété est nécessitée par la conservation de simples choses — il se référait au droit romain — et, d'une manière générale, tous les cas, autres même que le vol, où la vie ne peut être sauvée que par la violation d'une loi, mais il n'avait pas mentionné expressément la loi qui défend de tuer, trop grave peut-être à ses yeux pour que l'exception de la nécessité pût y être admise. Pufendorf, lui, admet cette exception et excuse l'homicide nécessaire. Il parle de la « tabula unius capax » des anciens, qui devient dès lors un exemple classique ; on le conçoit de cent façons diverses ; Wolff, « pour plus de commodité, » comme dit ironiquement Fichte, transformera la planche en canot possédant les mêmes propriétés ! Puis Pufendorf rapporte l'histoire de marins dévorant un de leurs compagnons (v. p. 11, note) et s'appuie, pour les justifier, sur la circonstance qu'aux dépens d'une seule vie en ont été conservées plusieurs. Il donne enfin des exemples d'homicides commis pour le salut d'une seule vie. Pufendorf est donc le premier qui,

depuis les jurisconsultes romains, ait fait de la nécessité un motif général d'impunité. Et cependant, il faut le reconnaître, ses affirmations sont encore bien timides ; il confond le droit et la morale, fait même parfois de la théologie, et, après avoir excusé l'homicide nécessaire, semble le condamner. Aussi son élargissement de la notion de l'état de nécessité demeure-t-il un sujet de discussion, jusqu'à ce que Kant vienne audacieusement concevoir l'homicide nécessaire comme le cas typique de nécessité, jugeant avec raison qu'où le meurtre est excusé il ne peut être question de punir aucun délit.

Comme tous ses contemporains, Pufendorf se croit du reste obligé d'édifier une théorie spéciale du vol nécessaire : l'obligation naturelle de secourir le prochain se transforme en cas de nécessité en une obligation parfaite, à l'exécution de laquelle l'individu en détresse peut contraindre le propriétaire, s'il ne la remplit pas de lui-même. Ainsi Grotius et Pufendorf, dont la théorie générale dispense simplement le nécessité de l'observation de la loi, sans lui conférer un droit à sa violation, reconnaissent au contraire dans le cas de vol un droit de nécessité — d'après Grotius, le droit naturel sur les biens communs—. Pourquoi ces décisions différentes? Nous croyons nos auteurs guidés par un sentiment vague, qui, plus tard, devenu raisonnement conscient, fera distinguer deux sortes d'états de nécessité, l'un conférant un véritable droit, l'autre laissant subsister l'injustice de l'action qu'il excuse, — le sentiment que le sacrifice d'une chose pour le salut d'une vie humaine est un bien désirable et qu'il convient, pour l'assurer, d'accorder à la vie un droit sur la chose, le sacrifice d'une vie pour le salut d'une autre vie un mal regrettable, mais en présence duquel le meilleur parti à prendre est de fermer les yeux.

Ce sentiment trouve dès le XVIIe siècle son expression très sage dans la bouche de *Wenckebach*, auteur d'une dissertation sur la nécessité publiée quelques années après le « Jus naturæ »

de Pufendorf et bien supérieure aux écrits plus connus de Fritsch et de Stryk [1]. Il fait valoir d'excellents arguments à l'appui de la signification générale de la nécessité : il répète ces mots de Grotius et de Pufendorf, que, faite pour des hommes, la loi doit tenir compte de la faiblesse humaine et de la force irrésistible de l'instinct de conservation ; il ajoute qu'elle cherche le bien des hommes et ne peut par conséquent leur ordonner de se détruire, que, de plus, la conservation d'un homme est utile à la société ; qu'un des buts, enfin, que poursuit la loi est de détourner du mal et d'exciter au bien, tâche qu'elle n'a pas à poursuivre ici, parce que l'individu, la nécessité ne l'eût-elle contraint, aurait observé avec plaisir la loi, qu'il enfreint à contre-cœur. Puis, examinant le cas du vol nécessaire, il s'écrie : « Hic moralistæ nec tantum, sed et Theologi, Jcti, mirum in modum se torquent, mox hoc, mox aliud tradentes... Quum ut ex superius dictis constat quis omni studio se conservare debeat, sane hominis nomine indignus foret, qui intuitu quarumdam rerum rem inæstimabilem et simul dulcissimam frustra potius perdere velit, quam eas contrectare... Quæso an Deo amabilius foret, si homo periret, alteri autem res servaretur? Puto contrarium magis arridere. Homo servatur sibi, proximo, reipublicæ ; ex re autem nemini forsan redundat utilitas... Inter naturalia mala terribilissimum habetur mors et stultum foret eam appetere sub levis cujusdam rei abstinentia. » Se laisser mourir plutôt que de toucher à la chose d'autrui ne serait pas d'un sage, mais d'un imbécile ; c'est, présenté sous la même forme, l'argument sur lequel Berner, deux siècles plus tard, basera son droit de nécessité. Isolée, l'opinion de Wenckebach n'a pas eu

[1] Necessitas exlex, Jena, 1675, 4°. Faussement attribuée à Pet. Homfeldt (Berner, de impunit., 23 ; Janka, 81 ; Stammler, VII), qui n'est que le doyen de la faculté devant laquelle la thèse a été soutenue, mais dont le nom a eu l'honneur d'être imprimé en caractères plus grands que celui de l'auteur !

d'influence sur le développement des idées, mais elle est du moins le signe caractéristique d'une tendance qui n'a abouti que dans notre siècle à une théorie consciente d'elle-même. Et nous voulions rendre justice à la sagacité d'un auteur oublié.

B. **Thomasius. Schröder.** *Thomasius*[1] se base sur la légitimité de l'instinct de conservation et non plus, comme Pufendorf, sur son irrésistibilité. Veiller à sa propre conservation est à ses yeux le premier et le plus sacré des devoirs de l'homme, car c'est un instinct que Dieu lui-même a mis dans la nature humaine; si l'état de nécessité est lui aussi l'œuvre de Dieu, c'est-à-dire s'il n'est dû ni à la malice des hommes — c'est le cas lorsqu'un individu use de menaces pour en contraindre un autre à commettre un délit —, ni à la faute du nécessité, alors ce dernier est exempté de la loi : « Leges tam naturales quam positivæ, tam divinæ quam humanæ, tam affirmativæ quam negativæ, tacitam habent exceptionem necessitatis, nisi medium evadendi suppeditatur a malitia humana contumeliam Dei intendente. » Nous dirions aujourd'hui : l'homme a le droit d'obéir à l'instinct légitime de conservation, si, cependant, il ne se rend pas en même temps complice d'un délit, à la commission duquel d'autres hommes cherchent à le déterminer en le mettant en état de nécessité.

L'idée qui est au fond de cette restriction bizarre au premier abord est celle que *Schröder*[2] développe plus tard et qu'adoptent quelques criminalistes — *Püttmann* et *Quistorp*, notamment — : Schröder trouve la signification juridique de l'ins-

[1] Institutiones jurisprudentiae divinæ, 1688, l. II, c. 2, de officiis hominis erga se ipsum, §§ 123-72. Confirmé dans les Fundamenta juris naturæ et gentium, 1705, l. II, c. 2, §§ 18-9. — *Barbeyrac* adopte cette théorie dans ses notes sur Pufendorf, II, 6 § 3, n. 1.

[2] Elementa juris socialis et gentium, 1779, cap. VII, de collisione legum atque obligationum moralium, §§ 128-42.

tinct de conservation dans son influence sur l'intention de celui qui y a cédé. Celui qui pourvoit à son salut ne veut pas tant léser autrui que se sauver lui-même ; l'intention coupable, qui seule peut être punie, est absente de son acte : « Non tam alium voluit lædere, a quo animus alias alienus fuit, quam suam expedire salutem. » Nous voilà revenus à travers de longues vicissitudes à l'idée romaine : « non enim injuria fecit qui se tueri voluit quum alias non posset, » disait déjà Ulpien. Est-il besoin de faire observer que, prise à la lettre, cette proposition est inacceptable ? S'il est défendu de tuer un homme, vouloir le tuer est une intention coupable, qu'on s'y décide avec plaisir ou à contre-cœur ; quoique atténuée, la culpabilité subsiste.

Pour Thomasius donc, comme pour Schröder, l'action dont la source unique est l'instinct de conservation n'est pas coupable parce que cet instinct est légitime et qu'on ne pèche pas en le suivant. Mais la théorie de Thomasius est plus acceptable que celle de Schröder qui confond le côté subjectif et le côté objectif de la culpabilité.

Un grand nombre de criminalistes adoptent au XVIIIe siècle le principe suivi par Thomasius, en supprimant la restriction qu'il y avait apportée. La fin légitime de la conservation disent-ils, rend légitimes les moyens nécessaires pour l'atteindre. Ainsi *Wildvogel,* et *Leyser,* qui s'exprime avec beaucoup de force (loc. cit.) : « Deus animo studium me conservandi et honestum erga me ipsum amorem indidit. Hoc studium, hic amor omnium actionum mearum principium est ; hic me parentesque meos ut civitates iniremus, ut principi et legibus nos subjiceremus moverunt ; hic obligationes reliquas omnes vincit ; igitur, quum salvus aliter esse nequeam, non solum non pecco, sed magis primo ac præcipuo officio meo satisfacio, si rebus quamvis alienis utor. » Ainsi *Böhmer,* dans ses « Meditationes » : « Quum cuilibet innata sit delicata sui æstimatio, secundum quam non potest non omnino studere ut conservetur, Deo utique volente

fit ut quia is *finem* vult, *media* quoque ad hunc necessaria velle debeat. »

C. Pufendorf argumente de l'irrésistibilité, Thomasius de la légitimité de l'instinct de conservation, Schröder de l'incompatibilité du but de conservation propre avec toute intention criminelle ; le philosophe **Wolff**, dans son « Jus naturæ » utilise d'une quatrième manière le point de vue de la conservation. Il considère l'état de nécessité comme un conflit de lois ou de devoirs, devoir envers soi-même et devoir envers autrui. « Exceptiones in casu collisionis legum pertinent ad jus necessitatis... Necessitas jus det ad legem unam non servandam, ut obligationi quæ est altera satisfacere possis. » L'impossibilité d'observer à la fois les deux lois dispense de l'observation de la moins importante. Wolff justifie de la sorte un grand nombre de délits nécessaires, mais, quoiqu'ayant posé le principe qu'en cas de conflit d'un même devoir envers soi-même et envers autrui, c'est le premier qui l'emporte, il condamne l'homicide par nécessité parce que, d'après les principes généraux en matière de conflits de lois, la « lex præceptiva », qui ordonne une action (ici la loi de conservation propre), doit céder le pas à la « lex prohibitiva », qui ordonne une omission (ici la loi qui défend de tuer) règle évidemment arbitraire dans sa généralité [1]. Aussi le criminaliste *Koch* repousse-t-il avec raison la solution de Wolff et, le mettant en harmonie avec ses principes, excuse-t-il l'homicide nécessaire [2] : « In collisione officiorum æqualium erga me et alios vincit officium erga me. Quæ regula in præsenti casu nullo plane dubio subjacet, quum de maximo erga me officio, scilicet de evitanda morte, res sit. » Le point de vue de Wolff est du reste inadmissible, parce que le pur

[1] Déjà posée par Grotius (II, 16 § 29) et Pufendorf (V, 12 § 23).

[2] Institutiones, 1779, § 174 in f. — Même raisonnement déjà chez Stryk, qui ne lui donne qu'une place secondaire (l. cit.).

devoir envers soi-même n'appartient pas au domaine du droit — l'impunité du suicide le prouve. De nos jours, Temme[1] a repris l'argument en le modifiant conformément aux idées modernes sur les rapports du droit et de la morale ; il veut que la loi tienne compte, en laissant l'acte nécessaire impuni, de la contrainte qu'exerce sur tout homme doué de moralité l'obligation de se conserver. Mais il nous paraît singulièrement hardi de prétendre que l'acte nécessaire est dicté à l'individu par sa conscience ! Il faudrait que cette moralité d'actes présentant les caractères des crimes les plus graves fût d'une évidence absolue pour que le législateur pût songer à la prendre en considération.

Les théories de conservation, en vogue au XVIIe et au XVIIIe siècle, disparaissent au XIXe siècle du champ de la science. A l'ancien droit naturel, concevant comme de véritables droits de l'homme les instincts qui sont au fond de sa nature, répondent les théories scientifiques modernes du combat pour l'existence, qui tendent aussi à légitimer l'égoïsme individuel en en faisant la base de l'évolution générale des êtres animés. Depuis la mort du droit naturel jusqu'à leur apparition, personne ne parle plus de l'instinct de conservation — Temme seul excepté —. Ce n'est que récemment que Janka, retournant aux anciens point de vue, a cherché à baser sur la valeur juridique de cet instinct l'impunité de l'homicide nécessaire : nous montrerons plus tard l'insuffisance de sa théorie.

§ 3. LA THÉORIE DE CONTRAINTE MORALE. MATTHÆUS.

La théorie de la contrainte que nous avons vue naître au moyen âge, et s'épanouir au XVIe siècle dans les écrits de Tiraqueau en France et de Farinacius en Italie, ne reste pas sans

[1] V. liste bibliographique. — Nous présentons les idées de Temme sous la forme la plus admissible. Cf. Janka, 137-41.

écho dans les siècles suivants [1] ; elle continue à se développer d'un mouvement régulier. D'un côté la violence et la crainte (vis et metus) prennent place au nombre des motifs généraux d'impunité — ou tout au moins d'atténuation de la peine — dans la plupart des traités de droit pénal [2] et dans deux législations criminelles du XVIIIe siècle, le *Codex juris bavarici criminalis de 1751* (I, 1, §§ 4 et 33) et la *C. C. Thérésiana de 1768* (art. II, § 8, al. 2) ; la loi bavaroise surtout est très catégorique : « Wem es an genugsamen Verstand oder *freien Willen* ermangelt, der ist keines Verbrechens fähig. Was demnach . . . aus *Nothzwang* geschieht wird für kein Verbrechen geachtet. » D'un autre côté, la théorie se précise chez quelques écrivains isolés, en particulier chez le célèbre criminaliste hollandais *Matthäus*, dans son commentaire aux « libri terribiles » du Digeste (1644) ; il accorde au nécessité l'impunité complète que lui refusait Tiraqueau, grâce à l'intervention d'un nouveau facteur, mis en lumière par Grotius, le facteur de la faiblesse humaine, et crée ainsi la théorie des actions mixtes que nous nous réservons d'exposer et de discuter plus tard, car elle a été perfectionnée dans la suite et universellement adoptée au commencement de notre siècle.

Mais il est un point sur lequel *Matthäus* n'a malheureusement pas été suivi par ses imitateurs : il s'efforce d'établir que la nécessité n'enlève pas à l'acte son caractère délictueux. C'est ce que devraient faire tous ceux qui n'en veulent baser l'impu-

[1] Comme le croit Janka (p. 65), qui ne connaît de Matthäus, comme de Grotius, que le passage concernant le vol nécessaire et lui attribue faussement une théorie d'excuse.

[2] *Théodoric*. op. c., disp. X. th. 4, l. 1, et Judicium criminale, nova ed. 1671, c. 1, aph. VIII, n. 46 ; *Berlich*, op. c., pars IV, co. 18, n. 50 ; *Carpzov*, op. c., pars I, q. 17 (ii qui minis seu metu delinquunt aliquo modo excusentur, nam propter metum delinquentes videntur coacte delinquere. *Coacta autem voluntas non est voluntas*) ; *Koch*, op. c., § 37 ; *Engau*, Elementa, § 39, n. 3-4, etc.

nité que sur des arguments de nature subjective, cette démonstration pouvant seule donner une raison d'être à la théorie de la contrainte: à quoi bon rechercher l'influence de la contrainte sur la culpabilité, si l'acte n'est pas en lui-même coupable? Matthäus, le premier, s'attaque à cette démonstration, et, s'il n'y a pas réussi, il faut avouer qu'on n'a pas fait mieux depuis. Voici comment il s'exprime à propos de l'ordre accompagné de menaces, le cas typique de contrainte morale, pour lui comme pour les criminalistes des siècles précédents ; le passage est célèbre (Prolegom. I, 12-3.) : « Quum viro bono non potest ulla tanta necessitas imponi, ut facinoris alicujus labe se maculet, apparet eum qui jubenti paruit criminis reum esse. Idque ex philosophorum fontibus eleganter demonstratur. Ii enim de contentione malorum ita sentiunt : propositis duobus malis, veluti turpi et turpi, tristi et turpi, tristi et tristi, turpium quidem nullam esse electionem ; ex tristibus id quod minus triste est, ex turpi et tristi triste potius eligendum esse, tanquam id sit honestius. Atqui palam est, quum is qui jubendi potestatem habet delictum imperat, proposita duo esse : peccatum et pœnam : quorum illud turpe est : hoc non turpe, sed triste. Vir ergo bonus potius pœnam injustam sufferat quam ut, doloris aut cruciatus metu, sciens scelere se contaminet. » (Cf. ad lib. 47, 1, 1 n. 7). Placé entre deux maux, dont l'un consiste à souffrir, l'autre à pécher, l'homme de bien n'hésitera pas à choisir le premier ; céder aux menaces de celui qui ordonne de faire du mal à autrui n'est donc pas le fait d'un homme de bien. Mais Matthäus s'enferme dans un cercle vicieux : il s'agit précisément de savoir si c'est un péché que de détourner sur autrui le mal dont on est soi-même menacé, non si l'on doit tout souffrir plutôt que de pécher. Les prémisses de Matthäus, c'est qu'infliger un dommage est toujours immoral et qu'il ne l'est jamais de se soumettre à un mal injuste ; il ne les démontre pas. Les raisonnements des modernes renferment toujours une pétition de principes analogue.

Matthäus soutient la même thèse par d'autres arguments en ce qui concerne le vol nécessaire, et, ici, il est plus heureux, car il s'agit seulement d'établir que le vol est toujours un vol, quoique commis en état de nécessité ; qu'étant admise la présence des éléments essentiels de tout délit, aucun des éléments spécialement constitutifs du vol ne fait défaut. Ce n'était pas l'opinion commune ; on voyait souvent la signification de la nécessité dans ce qu'elle faisait disparaître un de ces éléments. L'acte pouvait ainsi rester injuste sans tomber sous le coup de la loi pénale. Le vol est, suivant les idées de l'époque, la *soustraction frauduleuse de la chose d'autrui dans une intention de lucre*. Or, disaient les uns (Grotius et, avant lui, les canonistes), il n'y a pas « contrectatio *rei alienæ* », parce que la nécessité rend toutes les choses communes ; il n'en est ainsi qu'en cas de danger commun, répond Matthäus. D'autres soutenaient (Covarruvias, Pufendorf) qu'il n'y a pas « *fraudulenta* contrectatio », le nécessité contraignant le propriétaire à l'exécution de l'obligation de secourir l'individu en détresse ; Matthaüs nie cette obligation : « Fatemur publica utilitate urgente, quod quisque frugum domi flagellat, id eum ad annonæ subsidia proferre debere, sed negamus singulis indulgendum, ut suo arbitratu auferant quod sibi desit, aliis superat. » Pour d'autres enfin, c'était l'élément intentionnel qui faisait défaut, « l'animus lucrifaciendi, » parce que le nécessité, qui ne fait que pourvoir à la conservation de sa vie ne recherche pas un gain ; mais, s'écrie notre auteur, « quis persuaserit homini intelligenti lucrifaciendi animum non habere eum qui deficiente annona cibum alteri subtrahit, quum manifestum sit, ipsum cibum ab eo lucrifieri ? » Sur ce dernier point, nous croyons qu'il a tort : pour attribuer une intention de lucre à l'affamé qui s'empare d'un pain dans le but d' « explere stomachum latrantem », il faut considérer le mot « lucrum » comme synonyme d'avantage, utilité — interprétation très contestable dans la locution « lucrifacere » — et alors l'exigence de

l'animus lucrifaciendi perd toute signification, l'exigence d'une intention de soustraire la rendant superflue.

Nous sommes parvenus au seuil du XIXe siècle. Le développement des idées va se poursuivre et, d'abord, la théorie de la contrainte arriver partout au pouvoir. La doctrine française en reste là ; mais l'évolution continue dans les pays de langue allemande, où la science criminelle prend un prodigieux essor, grâce à l'esprit germanique de spéculation et au stimulant donné aux études pénales par la fréquente apparition de lois nouvelles, qui viennent incessamment remettre les principes en question, tandis qu'en France le code pénal de 1810 reste immuable ; le latin ne servant plus, du reste, de trait d'union entre les savants des différents pays, la science est moins que jamais internationale. En Allemagne, donc, la théorie de la contrainte, abandonnée, fait place à d'autres et, après de longs efforts — aucun sujet n'a été considéré sous tant de faces diverses, ce qui témoigne de sa difficulté —, la question de la nécessité reçoit une solution qui semble définitive. Nous verrons les idées s'élargir en même temps que les faits seront mieux examinés ; nous avons déjà vu dans cette première partie que les législateurs primitifs, n'ignorant pas les réalités de la vie, excusaient dans une large mesure l'acte nécessaire, mais qu'ensuite les théoriciens, ne pouvant s'expliquer cette exception aux règles et fermant les yeux sur les faits, le condamnaient et n'en venaient que lentement à le laisser impuni. Ce recul et ce progrès, dus aux mêmes causes agissant en sens inverse, sont significatifs ; comme nous le disions dans notre introduction, le progrès a dans toute science l'observation des faits pour condition première.

Deuxième Partie

EXPOSÉ HISTORIQUE ET CRITIQUE DES THÉORIES ET DE LA LÉGISLATION AU XIXe SIÈCLE

CHAPITRE Ier

THÉORIES SUBJECTIVES OU DE NON-IMPUTABILITÉ

§ 1. KANT

1. Les criminalistes allemands s'exagèrent singulièrement l'influence de Kant sur le développement de la théorie de l'état de nécessité. Sa propre théorie n'a pas grande valeur et n'est point originale. Il excuse l'homicide nécessaire, mais d'autres avant lui l'avaient fait aussi catégoriquement, sinon Pufendorf, du moins les partisans de l'idée de la contrainte morale, en première ligne Filangieri, qui fait alors école dans tous les pays. Deux grands philosophes s'occupent après Kant de l'état de nécessité, mais ce n'est pas lui qui attire leur attention sur le sujet : celle de Fichte est éveillée par les mêmes écrits qui éveillent celle de Kant, les œuvres de leurs prédécesseurs à tous deux, celle de Hegel par les dispositions du droit positif sur le vol nécessaire. Et Kant se serait tu qu'il n'y aurait pas un iota de changé dans les pages que les criminalistes du

commencement de notre siècle ont consacrées à l'état de nécessité; il ne fait que prêter sa puissante voix aux idées en cours. Ses paroles n'en sont pas moins dignes d'attention; on ne peut s'empêcher d'admirer l'audace avec laquelle, prenant le taureau par les cornes, il abandonne le vol nécessaire autrefois chéri des théoriciens pour ne voir dans l'état de nécessité que le plus aigu des cas de nécessité, le cas où deux vies sont en présence, d'admirer aussi la netteté et la vigueur de son langage, qui font un heureux contraste avec les longues et diffuses dissertations de Wolf et de Thomasius. Et, d'une manière générale, les idées philosophiques de Kant, qui ont longtemps fait autorité, ont eu dans notre question un important résultat négatif: elles ont amené la chûte, chûte temporaire, des théories du droit de nécessité.

II. Kant [1], en effet, dans ses « Principes métaphysiques du droit » (Appendice à l'introduction), nie tout *droit* de nécessité; il rompt heureusement avec les anciennes théories du « jus naturæ », qui, ne trouvant la source du droit que dans la nature individuelle de l'homme, oubliaient qu'il n'a pas à considérer l'homme pris isolément, mais seulement dans ses relations avec d'autres individus, et tendaient à ériger en droits toutes les tendances innées de notre nature. La maxime fondamentale du droit est d'après Kant: « Agis extérieurement de telle sorte que ta liberté puisse s'accorder avec la liberté de chacun suivant une loi générale de liberté pour tous. » Législation externe par opposition à la morale qui est une législation interne, le droit consiste dans le respect mutuel des libertés et ne s'applique qu'aux devoirs extérieurs. C'est pour cela qu'il implique la faculté de contraindre; la contrainte est la force matérielle qui écarte les obstacles à l'exercice extérieur de la liberté. — Or, il est bien évident que l'homicide commis par un individu

[1] Janka, 85-8; Stammler, 37, 45-6; Göb, 19-20; Köstlin, Revision, 599-600.

dans d'autres cas que celui d'une agression injuste, ne saurait être la base d'une loi commune d'exercice des libertés ; le droit du nécessité à tuer trouverait en face de lui le droit d'autrui également plongé en état de nécessité, et le système de Kant ne peut admettre des droits contradictoires. Il n'existe donc pas de *droit* de nécessité ; ce prétendu droit n'est qu'une « contrainte sans droit » (l'équité autre « droit équivoque » est au contraire un « droit sans contrainte »), un acte de violence dépourvu de toute sanction juridique. « *Il ne peut y avoir de nécessité qui rende légitime ce qui est injuste.* »

Déclarant injuste l'acte nécessaire, Kant devrait le punir, lui qui couvre de ses anathèmes quiconque veut poursuivre à l'aide de la peine un but d'utilité — Wehe dem ! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht —, lui qui proclame dans ce même ouvrage dont nous extrayons nos citations sur la nécessité, que tout acte injuste doit être puni par la seule raison qu'il est injuste, selon l'ordre de l'impératif catégorique qui dit à notre conscience que tout mal doit recevoir un châtiment. Kant sent cependant que l'acte nécessaire ne saurait être puni et base l'impunité sur un argument qui contredit d'une manière flagrante sa théorie de la pénalité[1]. La question ne doit pas, dit-il, être considérée « objectivement, selon la prescription de la loi, mais seulement d'une manière subjective selon la sentence qui serait portée en justice. En effet, il ne peut y avoir de loi pénale qui condamne à mort celui qui, dans un naufrage, repousse un de ses compagnons de la planche à l'aide de laquelle il s'était sauvé, afin de se sauver lui-même.

[1] Les idées de Kant sur la pénalité ne sont du reste pas celles qui auraient dû naturellement découler de son idée générale du droit (Cf. Hepp, Strafrechtssysteme, I, 1843, § 17) ; l'essence de la peine devait être pour lui la contrainte et à cette contrainte il devait assigner des buts. En ce sens, on peut dire que sa théorie de la nécessité est dans l'esprit de son système ; mais la loi pénale ne doit pas poursuivre le seul but d'intimidation.

La peine dont la loi menacerait le coupable ne pourrait être plus grande pour lui que la perte de la vie; or, une loi pénale de ce genre n'aurait pas l'effet qu'elle se proposerait: la menace d'un mal encore incertain, (la mort infligée par un arrêt de la justice) ne saurait l'emporter sur la crainte d'un mal certain (celui de se noyer). L'action qui consiste à employer la violence pour se conserver (die That der gewaltthätigen Selbsterhaltung) échappe donc à la punition (est unstrafbar, impunibile) quoiqu'on ne puisse la regarder comme non coupable (unsträflich, inculpabile) et c'est par une étrange confusion que les juristes prennent cette impunité subjective pour une impunité objective (pour une chose légitime). »

III. Nous sommes persuadés que le philosophe de Königsberg n'a point trouvé lui-même cet argument; que, ne sachant comment échapper à la conséquence logique de ses idées sur le le droit et la pénalité, conséquence qui est la punition de l'homicide nécessaire, le grand homme a glané dans le champ d'autrui. Ses « principes métaphysiques du droit » datent en effet de 1797 et l'année précédente *Erhard*, professeur à Leipzig, avait publié sa traduction des « Lois pénales » de Pastoret, où nous trouvons déjà nettement exposée la théorie kantienne [1] : en application de son système pénal d'intimidation (I, 1790, p. 26, note p), Erhard déclare que celui qui commet un délit pour le salut de sa vie ne peut être puni parce que la menace d'aucun mal ne saurait détourner du crime l'homme placé dans une telle situation; que la peine ne rem-

[1] Tome II, p. 157, note : «Warum kann der, welcher zur Rettung seines Lebens ein Verbrechen begeht nicht bestraft werden? Weil kein Strafübel den abzuschrecken im Stande ist, der dem grössten aller sinnlichen Uebel, dem Tode, zu entgehen sucht, also hier die Strafe ganz zwecklos sein würde, weil sie nicht wirksam sein kann.» Erhard annonce qu'il développera l'argument dans son commentaire à l'ouvrage de Pastoret, mais nous ne croyons pas que ce commentaire ait été publié.

plirait pas alors son but, étant « inefficace ». Kant n'est pas plus explicite. Et Michaelis dans son ouvrage célèbre sur le droit mosaïque, avait déjà dit vingt ans auparavant — mais l'argument jeté négligemment en passant avait dû rester inaperçu [1] : « Je ne sais à quoi servirait de punir le vol commis par un affamé ; car chacun préférera passer rapidement de vie à trépas par le glaive ou la corde du bourreau plutôt que de périr dans les lentes souffrances de la faim. » Le point de vue d'intimidation était du reste en vogue à la fin du siècle dernier ; chez quelques auteurs, il devient une manie [2]. Aussi peut-on dire que nombre de criminalistes auraient formulé d'eux-mêmes la théorie de Kant, si le cas de l'homicide nécessaire leur eût été soumis [3].

IV. L'argument d'inefficacité de la loi pénale ne vise pas seulement le cas célèbre de la « planche » ; il s'applique à tous les cas où la conservation de la vie est impossible sans la violation de la loi, à tous ceux aussi dans lesquels la peine édictée par le législateur est moindre que le mal qui résulterait pour l'individu de la non-commission du délit. L'exemple suivant, dû à Thibaud, fait ressortir ce que l'argument a de caractéristique et son côté absurde : La loi dispose que celui qui frappera autrui sera passible d'une amende de 20 écus. Un inconnu, taillé en hercule, exige de A qu'il roue B de coups, sans quoi il lui

[1] Mosaïsches Recht, 2te Aufl., 1775, VI, § 282.

[2] Ainsi *Gmelin*, Grundätze der Gesetzgeburg über Verbrechen und Strafen 1785, § 71, p. 149, base uniquement le droit de légitime défense sur la nécessité d'intimider l'agresseur et de le détourner de ses projets en lui faisant savoir que la loi donne le droit de le tuer.

[3] Qu'on lise notamment les développements de *Schall*, von Verbrechen und Strafen, 1779, sur l'efficacité des lois pénales : il aboutit à la conclusion suivante : « Sonach werden alle Strafen wirksam sein, wenn die der Seele ein solches Uebel vorhalten dessen Vorstellung die Leidenschaft der Selbstliebe stärker machen kann, als es die zum Verbrechen antreibende Leidenschaft ist. »

jettera sa montre d'or à l'eau. A, auquel toute résistance est impossible, peut battre impunément autrui, parce que c'est un plus grand mal de perdre une montre en or que de payer 20 écus.

V. L'acte nécessaire est, aux yeux de Kant, coupable sans être punissable (impunibile, sinon inculpabile). Cette distinction qui, depuis Kant, devient courante, peut sembler subtile et oiseuse; mais elle a d'importantes conséquences pratiques. Kant veut dire que, quoique impuni, l'acte nécessaire est, de sa nature, injuste et imputable à son auteur : injuste, il autorise le tiers assailli à la légitime défense; imputable, il oblige son auteur à la réparation du dommage causé. Et s'il reste impuni, c'est par un motif d'excuse personnel au nécessité, dont ne peut se prévaloir celui qui cherche à sauver autrui de la mort. Mais, en s'appuyant sur l'état psychique de l'individu, sur lequel ne peut agir la menace de la loi, Kant prépare la voie à la théorie de non-imputabilité de Feuerbach.

C'est sa signification historique qui nous a fait parler ici de la théorie de Kant; nous en réservons la critique à plus tard.

§ 2. FEUERBACH ET SA THÉORIE DE NON-IMPUTABILITÉ

I. Avec *Feuerbach*, nous abordons l'exposé et la critique de la théorie de contrainte morale, sous les formes diverses qu'elle a revêtues dans notre siècle. Inconnue au droit romain, elle est pourtant sortie au moyen âge du droit romain lui-même : elle a pris une forme scientifique avec Tiraqueau et, avec Matthäus, s'est développée par l'adjonction d'un principe nouveau. Au début du XIXe siècle, elle règne en maîtresse : puis elle perd chaque jour du terrain, et nous conclurons à son complet abandon.

II. Pour qu'un acte soit punissable, il ne faut pas seulement que les conditions objectives du délit soit remplies, c'est-à-dire

qu'il s'agisse d'un acte prohibé par la loi pénale et que l'individu ne peut accomplir en vertu d'un droit spécial ; le délit a aussi des conditions subjectives : il faut que l'acte soit le fait d'une volonté humaine, que d'un côté un homme en soit l'auteur matériel, que de l'autre cet homme puisse en être déclaré responsable, en un mot que cet acte puisse lui être imputé. On pose ordinairement comme conditions de l'imputabilité l'intelligence et la liberté de l'agent.

Nul n'a jamais prétendu que, de sa nature, l'état de nécessité exclût l'intelligence. Si le danger peut jeter l'individu dans un trouble qui l'empêche de discerner les conséquences de ses actes, si la peur peut changer en tigre l'homme le plus doux, il n'en est pas toujours ainsi. Lorsque le cas s'en présentera, ce n'est point l'état de nécessité, c'est le fait accidentel du trouble de l'agent qui motivera son impunité. Tout le monde est d'accord sur ce point. Mais on a soutenu, l'unanimité des écrivains français soutient encore que, de sa nature, l'état de nécessité exclut la liberté de nos décisions, qu'il constitue une **contrainte morale**. C'est cette théorie que nous allons réfuter.

La réfutation la plus radicale consisterait à démontrer que l'on ne doit pas faire de la liberté une condition d'imputabilité ; c'est le chemin qu'a suivi Janka. Mais nous ne l'y suivrons pas. Si nous inclinons fortement à croire que le droit pénal, science particulière, ne doit point se baser sur une vérité aussi controversée que celle de la liberté de la volonté et ferait bien de s'en rendre indépendant, nous sommes plus intimément persuadés encore que la solution de la question spéciale qui nous occupe, celle de l'impunité de l'acte nécessaire, doit être rendue indépenpante de la question controversée de la liberté humaine. Qu'on l'admette ou qu'on la nie, le résultat est d'après nous le même : l'état de nécessité ne saurait à aucun point de vue être considéré comme une cause de non-imputabilité ; il peut être, que l'on fasse ou non de la liberté une condition de la responsabi-

lité pénale, un motif d'atténuation de la peine ; un motif d'impunité, jamais.

Ces remarques préliminaires faites, examinons la théorie de Feuerbach.

III. L'homicide par nécessité, nous disait Kant, doit rester impuni, parce que la menace d'une condamnation à mort ne peut avoir d'effet sur un homme menacé d'autre part d'une mort immédiate ; la théorie de la pénalité de Feuerbach n'est que la généralisation de cette idée [1]. L'effet intimidant de la loi pénale est la pierre d'angle de son système, système admirable par la force logique des développements du principe et le talent extraordinaire d'exposition de son auteur plutôt que par l'idée qui en est la base, idée déjà banale à son époque, comme nous l'avons déjà dit, et impuissante à justifier la peine.

La *contrainte physique* qu'exercent dans la société humaine, en empêchant les atteintes au droit la police préventive, et en poursuivant la réparation la justice civile, trouve, selon Feuerbach [2], son complément dans la *contrainte psychologique* exercée par la loi pénale. L'effet psychologique de la menace de peines consiste dans l'opposition aux mobiles qui poussent l'individu au crime de mobiles plus forts qui doivent nécessairement l'en détourner ; nécessairement, car Feuerbach, regardant comme inapplicable en pratique la notion kantienne d'une liberté transcendantale, nie toute liberté humaine et voit dans le délinquant un être matériel (Naturwesen) dont les actes ne sont que des phénomènes naturels, c'est-à-dire nécessaires (homo «phenomenon», par opposition à homo «noumenon»). Le mobile du crime, c'est la recherche d'un plaisir ; le mobile qui en triomphera, c'est la crainte d'un mal plus grand que celui qui

[1] Il ne faut pourtant pas dire, avec Janka (p. 92) et Göb (p. 21) que Kant a donné à Feuerbach l'idée première de sa théorie pénale ! Nous avons vu au contraire que Kant a emprunté son argument à une théorie en vogue.

[2] *Feuerbach*, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 14te A. §§ 8 ff.

résulte de la privation de ce plaisir, mal dont la loi proclame l'inévitabilité, c'est la crainte de la peine.

La loi pénale, ne se justifiant que par le fait qu'elle exerce une contrainte psychologique nécessaire au maintien de l'ordre social, ne peut s'appliquer qu'aux cas où cette contrainte est possible [1]. Celui-là seul est punissable qui pouvait être intimidé par la menace de la loi ; l'imputabilité n'est autre chose que « l'intimidabilité » (« Abschreckbarkeit, » mot que Feuerbach lui-même n'emploie pas).

Le délit ne sera donc pas imputable et son auteur restera impuni toutes les fois que l'effet intimidant de la loi pénale sera nul [2] ; et tel est le cas, non seulement lorsque l'individu n'a pas conscience de la criminalité de son acte (ainsi le fou, l'enfant, la victime d'une erreur), mais encore lorsque, malgré la conscience de la criminalité, l'influence de la loi pénale en ce qui concerne l'empêchement du délit est physiquement ou psychologiquement impossible, autrement dit lorsqu'une contrainte étrangère annihile la contrainte psychologique de la loi pénale. Contrainte physique (vis absoluta), quand la volonté n'a pas eu part aux mouvements du corps ; contrainte psychologique « lorsque la personne a été entraînée à l'acte par un mal présent et certain surpassant ou, tout au moins, égalant le mal de la peine », que cet état de nécessité ait été amené par les forces naturelles ou par d'autres hommes, comme dans le cas de menaces (vis compulsiva [3].)

[1] Op. cit. §§ 85, 91.

[2] Lehrbuch, 1te Aufl., 1801, §§ 96-7.

[3] Feuerbach comprend à tort dans la « vis compulsiva » le cas où « l'auteur de la contrainte prend autrui pour objet d'une lésion de droit, cas dans lequel le droit de nécessité ne fait qu'un avec le droit de légitime défense » ; par ex. le viol accompli à l'aide de menaces. La femme attaquée est en état de légitime défense vis-à-vis de celui qui la menace, en état de nécessité vis-à-vis de la loi pénale si cédant aux menaces elle commet un délit (adultère, inceste, outrage à la pudeur).

II. La théorie semble logique ; elle ne l'est qu'en apparence. C'est à tort que Feuerbach tranche la question d'intimidabilité par une règle précise de proportion entre les maux en présence desquels se trouve l'auteur [1], oubliant qu'il s'agit ici d'états psychologiques, non de règles objectives de justice ; ce qui importe, ce n'est pas la grandeur réelle des maux, c'est uniquement la représentation que s'en fait l'auteur, leur valeur comme impressions et leur influence psychique (Janka). Or cette influence dépend soit de la connaissance, rarement exacte, que l'auteur a de la peine [2], soit du degré de probabilité de la découverte du crime, soit de la constitution physique et morale de l'individu : insouciance plus ou moins grande des conséquences possibles de son délit, caractère brave ou peureux, souffrances variables attendues de la peine en cas de condamnation, etc., etc. De même l'influence contraire du mal qui contrebalance la peine, mal qui n'a pas besoin, du reste, d'être « certain et présent », mais seulement d'être cru tel. En un mot, ce qui importe, ce n'est pas que tel ou tel acte soit généralement imputable, c'est qu'il le soit dans le cas particulier, et c'est une question que le juge seul peut résoudre.

Puis, si le mal rival de la peine n'est pas si terrible que le législateur n'en puisse inventer de pire, l'état de nécessité doit n'être pour lui qu'une raison de plus grande cruauté ; qu'il menace de mort le délit ordinairement puni de prison pour le cas où il serait commis dans le but d'éviter une perte d'argent ! Cette objection et d'autres analogues, formulées par divers critiques [3], engagèrent Feuerbach à modifier sa théorie. Dans la 8e édition de son traité (1823), il exige que le mal qui s'oppose

[1] Même détermination chez *Rosshirt*, Lehrbuch, 1821, § 26.

[2] « Da muss also der Gezwungene ein guter Krimininalist sein! » Exclamation de von Wächter dans une note à son exemplaire du traité de Rosshirt (à la bibliothèque du Reichsgericht, à Leipzig).

[3] Notamment Thibaut, p. 81-9 des « Beyträge, etc. », 1802.

à la peine, non seulement lui soit égal, mais encore consiste dans la perte d'un « bien inestimable et irremplaçable de sa nature » ; dans l'édition suivante (1825), il ne parle plus d'égalité des maux, mais exige un mal tel qu'aucune peine ne puisse le surpasser (perte de la vie ou autre mal irréparable atteignant la personne).

Les objections précédemment énoncées n'en subsistent pas moins. D'un côté, la peine ne sera pas infligée alors que l'influence de la loi pénale était possible, car la crainte d'une mort immédiate et honorable peut céder le pas, suivant les individus, à celle d'une mort honteuse par la main du bourreau, après les souffrances morales d'un procès pénal ; de l'autre, elle sera infligée alors que le mal écarté par le délit, sans être irréparable, était supérieur au mal de la peine.

Mais le principal argument contre sa théorie, argument redoutable qui s'adresse à tous les déterministes qui voudraient faire de la contrainte morale un motif d'impunité, Feuerbach l'a developpé lui-même ! Esprit sagace, il s'est réfuté un beau jour en réfutant autrui. Si, dit-il dans sa polémique contre Klein [1], « l'acte entraîné par l'action irrésistible d'une impression venant de l'extérieur [2] » ne doit pas être imputé, aucun délit ne peut l'être, car tout délit dérive de « circonstances résidant en dehors du sujet » ; c'est toujours le mobile le plus fort qui entraîne l'homme, toutes ses actions sont des phénomènes nécessaires comme ceux de la nature. Continuant Feuerbach, nous dirons : La commission d'un délit ne prouve pas seulement que la contrainte psychologique, but de la loi pénale, ne s'est pas produite, mais encore, puisque tout ce qui est arrivé devait nécessairement arriver, qu'elle ne pouvait pas se produire. Tout délinquant a été en état d'« inintimidabilité » ;

[1] Revision des positiven peinlichen Rechts, II, 1800, p. 184-190.
[2] *Klein*, Grundsätze des peinlichen Rechts, 1796, § 124.

sans cela, il aurait été intimidé ; s'il est puni, c'est selon la déclaration de Feuerbach, parce que la menace de peines, si elle n'était suivie d'exécution, ne serait qu'une plaisanterie dont la vanité éclaterait aux yeux de tous, c'est pour que l'intimidation d'autrui soit possible. Feuerbach est donc en présence du dilemme suivant : ou ne pas punir le nécessité, et alors ne punir personne, ce qui est la suppression du droit pénal ; — ou le punir, et alors apparaît clairement l'injustice de sa théorie pénale, qui, justifiant l'exécution de la peine par la menace préalable qu'en a faite la loi, veut que cette peine soit exécutée alors même que cette menace ne peut avoir d'efficacité ; toute exécution est ainsi le sacrifice d'une victime innocente, qui paie pour les autres parce que le législateur a été maladroit à son égard en ne sachant pas s'y prendre pour l'intimider. Il faut renoncer, ou au droit pénal, ou à la théorie de la nécessité ; le droit pénal ne pouvant disparaître, chacun tirera de lui-même la conclusion.

Tel est le cercle vicieux où se trouvent enfermés tous les déterministes qui veulent baser l'impunité de l'acte nécessaire sur une irresponsabilité qui résulterait de la contrainte[1].

V. Chez les partisans, par contre, de la liberté de la volonté, qui, adeptes ou adversaires de la théorie d'intimidation, déclarent victime d'une contrainte morale supprimant la liberté l'individu placé en perspective du mal futur de la peine et d'un mal immédiat qui lui est égal ou supérieur — ainsi *Bauer*, *Martin*, *Rosshirt*, *Schröter*, *Salchow*, *Heimbach* [2] —, cette ad-

[1] Ainsi *Jenull*, österr. Criminalrecht (1807) 2e A., 1820, p. 146-7 ; cf. § 9. Janka, 98-9, croit à tort Jenull partisan de la liberté de la volonté.

[2] *Bauer* (Lehrbuch, 1827, § 121) veut que la loi pénale fasse appel à la nature matérielle de l'homme en l'intimidant, à sa nature morale en l'avertissant ; il considère donc l'homme comme un être libre. — *Martin*, partisan d'une théorie subsidiaire d'intimidation, Lehrbuch, 1825, § 40, III, IV. Cf. §§ 32, 56, où l'auteur, d'accord avec ses principes de liberté, ne voit plus dans la nécessité qu'un motif d'atténuation de la peine. — *Rosshirt*,

mission de la contrainte est une négation de leur principe de liberté. Sans doute le nécessité, placé entre deux maux, ne peut pas ne pas choisir l'un de ces deux maux; mais la faculté de choisir l'un ou l'autre, quoique ne pouvant s'exercer que dans d'étroites limites, reste intacte. Et un élément nouveau entre en jeu, élément irréductible, incommensurable, le sentiment du devoir; le sentiment du moindre devoir peut triompher de la crainte des plus grands maux. Seule, la contrainte physique peut, aux yeux de ces auteurs, être absolue et rendre toute imputation impossible, en empêchant l'exercice extérieur de la liberté; ce n'est qu'en faisant intervenir un point de vue nouveau qu'ils pourraient admettre l'existence d'une contrainte morale: le point de vue de la faiblesse humaine, de l'impuissance de l'homme à remplir en certains cas son devoir. C'est ce que font les auteurs dont nous allons examiner la théorie.

§ 3. LA THÉORIE DES ACTIONS MIXTES; CONTRAINTE ET FAIBLESSE HUMAINE

A. **Exposé.** I. C'est d'Aristote que le hollandais Matthaüs et l'italien Filangieri, qui l'ont introduite en droit pénal, disent tenir la théorie des actions mixtes; le grand philosophe ne fait plus, Dieu merci, autorité en psychologie. Il s'est ici complu dans une

Lehrbuch, 1821, §§ 25-6: dans un ouvrage postérieur « Entwickelung, etc. 1828 ». Rosshirt tend à une théorie objective. — *Schröter*, Handbuch, 1818, I, §§ 101, 103-6. On le range généralement au nombre des partisans de Fichte (Janka, 91; Stammler, 40; Göb, 23; Köstlin, Revision, I, 601; hésitant, Wächter, sächs. Strafr., 360, 363): mais il ne s'appuie qu'accessoirement sur la théorie de ce dernier et détermine d'accord avec Feuerbach des conditions d'impunité incompatibles avec les idées de Fichte. — *Salchow*, Lehrb. 1823, § 78, en cas de menaces. — *Heimbach senior*, in Weiske's Rechtslexikon, XV, 1861, p. 537-8, 514. — Les théories de ces auteurs sont des théories bâtardes: entrainés par l'ascendant de Feuerbach, ils adoptent les conséquences de son système en en modifiant les bases, de manière à rendre ces conséquences elles-mêmes inacceptables.

fâcheuse obscurité, que n'ont pas dissipée les auteurs modernes : elle seule pouvait donner à une conception fausse une apparence de vérité.

« La louange ou le blâme ne s'adressent qu'aux actions volontaires » dit Aristote [1] ; et Filangieri [2] : « Le délit consiste dans la violation de la loi jointe à la volonté de la violer ». « Or, on peut dire — poursuit le premier — que tout ce qui se fait par contrainte ou par ignorance est involontaire et il y a contrainte dans toute action qui a son principe hors de nous, de sorte que celui qui agit n'y contribue en rien : comme lorsqu'on est poussé par un vent violent ou par des hommes qui sont maîtres de nous ». « Pour vouloir, dit le second, il faut désirer et connaître » ; ne peut donc être imputée l'action commise sous l'empire de la violence, « impression d'une force étrangère qui nous entraîne malgré nous » (nous laissons de côté l'ignorance). Il s'est agi jusqu'ici de contrainte physique ; mais peut-on parler de contrainte morale ? « Je ne sais trop — dit le philosophe grec — s'il faut déclarer volontaire ou involontaire ce qu'on fait par la crainte de maux plus grands ou par quelque motif honorable, par ex. lorsqu'un tyran, qui tient en sa puissance vos parents et vos enfants, vous commande une action criminelle, promettant de leur sauver la vie si vous faites ce qu'il exige, menaçant de la leur ôter si vous refusez de lui obéir. C'est ce qui arrive au navigateur qui, battu par la tempête, jette à la mer ce qui charge son vaisseau ; car assurément personne ne consent de gaîté de cœur et sans motif à perdre ce qu'il possède ; au lieu que tout homme sensé en fait aisément le sacrifice pour sauver sa vie et celle des autres. De pareilles actions sont pour ainsi dire *mixtes* et semblent plutôt volontaires ; car elles sont le résultat d'un choix, mais le but dépend des circons-

[1] Morale à Nicomaque, l. III, ch. I ; trad. Thurot, 1823.

[2] Science de la législation, trad. Gallois, an VII ; IV, l. 2, ch. 13.

tances. . . Celui qui les fait agit volontairement puisque le principe du mouvement imprimé à ce qui sert à les exécuter est en lui-même et que par conséquent il dépend de lui d'agir ou de ne pas agir. Mais, considérée en soi, peut-être l'action est-elle involontaire, car personne ne se détermine à de pareils actes pour eux-mêmes [1]. » Aristote ne conclut pas ; il nous dit, d'un côté que l'action est involontaire, de l'autre que l'individu agit volontairement, c'est-à-dire qu'elle est volontaire ! Matthäus déclare (l. c.) qu'elle est « passim voluntaria, passim involuntaria ». Filangieri reste dans le même vague : « Il est certaines actions qui semblent procéder en même temps de la violence et de la liberté, actions qu'Aristote appelle mixtes. . . L'homme peut se trouver dans la dure nécessité de n'avoir à choisir qu'entre deux ou plusieurs maux. La préférence qu'il donne à l'un d'eux dépend il est vrai de sa volonté, . . . mais, ne l'aurait-elle pas éloigné de ce mal si la nécessité de fuir un autre mal ne l'eût forcé de faire ce choix ? . . . Si un tyran arme ma main d'un poignard et me fait annoncer par ses satellites que je dois ou perdre la vie ou assassiner quelqu'un, n'est-ce pas cette cruelle alternative qui déterminera mon action ? Elle est volontaire, mais l'aurais-je faite sans la nécessité d'échapper au danger ?» — Doit-elle être imputée? Il semble qu'oui, puisqu'elle est volontaire ; mais Filangieri répond non, parce que, quel que puisse être le jugement du moraliste, il n'en est pas moins vrai que « si les lois civiles doivent inspirer la perfection morale, elles n'ont pas le droit de l'exiger ; elles peuvent donner des martyrs à l'héroïsme, comme la religion en a donnés à la

[1] *Τοιοῦτον δέ τι συμβαίνει καὶ περὶ τὰς ἐν τοῖς χειμῶσιν ἐκβολάς· ἁπλῶς μὲν γὰρ οὐδεὶς ἀποβάλλεται ἑκών. ἐπὶ σωτηρίᾳ δ'αὑτοῦ καὶ τῶν λοιπῶν ἅπαντες οἱ νοῦν ἔχοντες. Μικταὶ μὲν οὖν εἰσὶν αἱ τοιαῦται πράξεις, εοίκασι δὲ μᾶλλον ἑκουσίοις. Αἱρεταὶ δὲ γὰρ εἰσὶ τότε ὅτε πράττονται, τὸ δὲ τέλος τῆς πραξέως κατὰ τὸν καίρον ἐστιν... Ἑκούσια δὴ τὰ τοιαῦτα, ἁπλῶς δ'ἴσως ἀκούσια· οὐδεὶς γὰρ ἂν ἕλοιτο καθ'αὐτὸ τῶν τοιούτων οὐδέν.*

foi, mais elles ne peuvent, comme elles, punir ceux qui n'ont pas le courage qu'exige un tel effort. » — « Dans certains cas, ajoutait de son côté Aristote, on croit devoir user d'indulgence, lorsque celui qui fait une chose blâmable s'est vu exposé à des maux qui surpassent tout ce que la nature humaine est capable de supporter. » Les législateurs, dit *Cremani*, (de Jure criminali, 1791) « injecta pœnarum formidine, conatum magis et quasi adumbrationem virtutis quam virtutem ipsam a subditis exigunt. » — En fin de compte, l'acte nécessaire reste impuni, sous prétexte de contrainte morale.

II. Publié à la fin du siècle dernier, à l'époque de rénovation du droit pénal qui en prépare l'essor magnifique au XIXe siècle, l'ouvrage de Filangieri est aussitôt traduit en diverses langues et répand un peu partout la théorie des actions mixtes. La doctrine française et en Allemagne tous ceux qui ne se rangent pas sous la bannière déterministe de Feuerbach l'adoptent avec empressement ; elle les tire d'un grand embarras, car ils ne savent comment établir que l'état de nécessité doit être un motif d'impunité, du moment qu'ils ne voient sa signification que dans le fait qu'elle exerce une contrainte morale, qu'il savent ne pouvoir être absolue. Ils ne remarquent pas que Filangieri — qui ne s'en doute pas lui-même — a fait intervenir à côté de la liberté conçue comme faculté de choisir (libre arbitre) un autre facteur : la force morale nécessaire à l'usage de cette liberté ; qu'il confond deux questions : la première — question d'imputabilité — est celle de savoir si l'individu était libre ou non de s'abstenir du délit ; la seconde — qui ne concerne pas l'imputabilité —, s'il avait assez de force morale pour faire usage de sa liberté et si on peut lui reprocher ici son manque de force morale ; si ce n'était pas là une faiblesse dont auraient fait preuve la plupart des hommes en de semblables circonstances et que la loi doit par conséquent pardonner. Il y aurait un moyen de réunir ces deux idées en une théorie d'imputabilité;

ce serait de poser comme condition de celle-ci non seulement la faculté de choisir, le libre arbitre dont est doué tout homme en état de santé morale et qui subsiste évidemment dans le cas de nécessité, mais encore un degré de force morale tel que le délinquant ait pu faire usage de cette faculté et résister à la tentation de violer la loi ; d'où la présomption qu'il n'a pas agi librement lorsque, comme dans le cas de nécessité, il fallait un degré peu commun de force morale pour y résister. C'est à peu près la théorie du criminaliste autrichien Geyer et nous verrons à quels résultats inadmissibles elle aboutit. Mais cette théorie est étrangère à nos auteurs, qui ne se doutent pas de la confusion dont ils se rendent coupables ; ils maintiennent ces deux affirmations inconciliables : la première que la liberté subsiste avec la possibilité du choix, la seconde qu'elle disparaît par suite de la contrainte, — dont l'unique rôle est pourtant de restreindre le nombre des alternatives soumises à notre détermination, sans supprimer toute possibilité de choix !

Quelques citations en convaincront. La contradiction des idées apparaît surtout chez les criminalistes allemands, qui aiment à condenser leurs théories en des formules brèves ; il va sans dire que nous négligeons les infinies diversités de détail :

Tittmann (1806) laisse échapper de sa bouche cet oracle de Pythie — nous traduisons — : « En vérité, la contrainte psychologique laisse subsister un choix entre deux maux, mais l'imputation n'en est pas possible, parce que le choix de l'activité délictueuse est contraint et que les lois ne peuvent exiger des citoyens l'héroïsme. » Y a-t-il ou non liberté de choisir ; un choix contraint est-il un choix ? — *Mittermaier* (1847) écrit cette phrase enveloppante : « La contrainte psychologique. . . doit être reconnue comme un motif d'impunité, parce que, d'après les exigences que le législateur peut justement avoir envers les citoyens, elle amène un état de nécessité, dans lequel disparaît la libre détermination de la volonté. » Comme si la

présence de la liberté n'était pas une question de fait et qu'un article de loi y pût rien changer ! — Qu'on lise encore *Klein, Kleinschrod, von Hye, Henke, Jarcke, Weigand* [1].

Les auteurs français, postérieurs en date, ne nous satisfont pas davantage. *Rossi* (1829) : « On est en état de contrainte morale lorsqu'on se trouve placé entre deux maux immédiats de manière que l'un ou l'autre soit impossible à éviter. Celui qui dans cette position prend le parti de commettre l'acte défendu n'agit pas involontairement ; à la vérité, le jeu de sa liberté n'est point arrêté, mais la faculté de choisir est resserrée dans des bornes très étroites. Il ne peut pas s'abstenir, dans ce sens qu'il ne peut pas s'empêcher de prendre l'un ou l'autre des deux seuls partis qui lui restent : souffrir un mal immédiat ou nuire à autrui. » Il n'y a pas moins contrainte, parce que la justice humaine ne peut exiger l'héroïsme. — *Bertauld* (Cours, 1859) : « Dans la réalité des choses, celui-là n'est pas libre qui ne peut s'abstenir de violer la loi que par un courage d'abnégation au-dessus des forces ordinaires et raisonnablement appréciées de la nature humaine. » Cette réalité des choses c'est le jugement d'un législateur indulgent ! — *Sarrau de Boynet* (Excuses légales, 1875) : « La crainte d'un grand péril a-t-elle paralysé la raison morale et la liberté ? Voilà la question. » Et voici la réponse de l'auteur, l'unique réponse : « La loi ne saurait punir le premier venu de ne pas s'être conduit en héros. » Quel lien trouver entre ces deux idées ?

Il serait oiseux de poursuivre ces citations. La doctrine française et belge est unanime [2]. Qu'on lise *Chauveau et Hélie*,

[1] V. liste bibliographique. — Janka cite à tort *Thibaut*, qui rend l'imputabilité indépendante de la question de la liberté (op. cit. p. 57) : il aboutit déjà à la solution actuelle de von Liszt : il identifie la « Zurechnungsfähigkeit » à la « Bestimmbarkeit ».

[2] En Italie, *Carrara* (Programme. trad. Baret, 1876) ne range que pour la forme le droit de légitime défense et l'état de nécessité sous la rubrique

Ortolan, *Lainé*, *Haus* et *Garraud*, le dernier en date. Toujours le même vague, les mêmes contradictions.

B. **Critique**. I. Quelle signification donner au caractère de *mixtes* que présentent certaines actions, en particulier l'acte nécessaire ? Ce qui les distingue, dit-on, c'est qu'elles dérivent à la fois du dehors et du dedans; sans la survenance imprévue d'un mobile extérieur, qui fait pression sur la volonté, le délit n'aurait pas été commis. Que l'idée de l'action mixte inspire même les auteurs qui ne renouvellent pas la démonstration psychologique de Filangieri, ressort du fait qu'ils exigent que la contrainte morale provienne d'une source extérieure — ainsi *Boitard*, *Blanche*, *Hélie* (Pratique) —, ce qui les empêche de considérer la nécessité de la faim comme un motif d'impunité.

II. Mais toute action est mixte ! Toute action humaine est plus ou moins directement amenée par une circonstance extérieure, les actions, du moins, de l'homme raisonnable que n'entraîne pas inconsciemment, comme le fou, une force indomptable venant de sa personne même. Il n'y a pas vie, physique ou psychique, sans échange de matériaux entre l'être vivant et le monde extérieur ; de même que notre corps ne s'entretient que par l'absorption et l'assimilation d'éléments étrangers, de même notre volonté ne se détermine que sous l'influence de mobiles qui, du dehors, sont venus peser sur elle. Sans doute, lorsque c'est au mal qu'elle se détermine, c'est ordinairement parce que les mobiles qui l'y ont poussé étaient particulièrement puissants, car le sentiment du devoir ou la crainte des peines nous en détourne tous plus ou moins ; mais, libre, notre volonté devait résister à ces impulsions mauvaises et commet une faute en y cédant.

de la contrainte. Cf. §§ 272-3, 275, 282, 288. Au point de vue subjectif, il ne conclut qu'à l'atténuation de la peine et n'aboutit à l'impunité que par des arguments objectifs.

Le plus redoutable des criminels, le plus sévèrement frappé par le juge, est le criminel d'habitude, et il ne l'est généralement devenu que par un concours de circonstances indépendantes de sa volonté ; s'il fût né dans l'aisance, s'il eût été entouré de bons exemples, s'il eût reçu une éducation convenable, il serait sans doute resté honnête. « Il y a, dit Prins [1], un milieu social favorable à la santé morale ; et il y a un milieu social où l'atmosphère est corrompue, où les éléments malsains s'amoncellent, où les plus vigoureux dépérissent, où la criminalité s'abat comme la moisissure sur le fumier. » Chez cet homme, le penchant au crime est certainement plus violent que chez le nécessité et il n'eût pas acquis cette puissance sans d'incessantes impressions du dehors. Cette remarque est plus vraie encore du criminel d'occasion, chez lequel ce n'est pas la tendance au crime, mais, en particulier, la résolution coupable de l'exécution de laquelle on lui demande compte qui doit sa naissance à des causes indépendantes de sa volonté. Cruellement offensé, un homme nourrit de longs mois des projets de vengeance et assassine son ennemi. L'offense reçue, qui a fait naître le besoin de vengeance, n'est-elle pas comme le danger qui menace le nécessité une circonstance extérieure dont il n'est pas le maître ? et le mal fait à autrui n'est-il pas aussi le seul moyen d'assouvir ce besoin, besoin impérieux entre tous ? Dans les deux cas, c'est malgré elle qu'un élément étranger est venu influer sur la volonté ; comme le danger, l'offense était mal venue. Et dans les deux cas, cet élément a été assimilé : la volonté a cédé au mobile qu'il faisait naître.

Mais, s'écrie Boitard, si celui qui tue par passion n'est plus maître de s'arrêter au moment où il va frapper, il a commis la faute de laisser se développer cette passion, jusqu'à ce qu'elle exerçât sur la liberté une action irrésistible ; si l'article 64 du

[1] Criminalité et répression, Bruxelles, 1886, p. 13.

code pénal, qui admet l'excuse de la force irrésistible, s'appliquait à la contrainte interne résultant des passions, il n'y aurait plus de crime punissable ! D'accord ! cela montre le danger qu'il y a à ouvrir la porte à l'idée de la contrainte. Comment est née cette contrainte interne, sinon par des causes externes ? qui nous dit que ce n'est pas irrésistiblement que la passion s'est développée ? L'agent devait d'autant moins la combattre à l'origine qu'il ne pouvait y voir alors qu'un sentiment naturel, dont il ne pouvait prévoir les conséquences funestes et auquel il lui semblait légitime de s'abandonner. Le nécessité, lui, est mis immédiatement en face d'un acte dont il ne peut méconnaître la criminalité, ses forces morales n'ont pas été lentement minées ; et c'est lui qu'on veut excuser au nom d'une force irrésistible ! On dira qu'il y a dans le cas de nécessité ceci de particulier qu'il s'écoule un temps presque nul entre la survenance du mobile extérieur et la commission du délit. C'est vrai, mais il en est ainsi dans bien d'autres cas ; toutes les fois, par exemple, qu'un acte illégitime est le seul moyen de se procurer une satisfaction quelconque. « L'occasion fait le larron », dit le proverbe. Le premier accusé que nous ayons défendu devant le jury correctionnel avait volé deux draps imprudemment abandonnés sur la table d'une salle d'auberge et en présence desquels on l'avait laissé seul, au moment où il s'apprêtait à partir. Le « gueux » dont Guy de Maupassant nous raconte l'histoire navrante trouve ouverte la porte d'une maison de paysans, entre, voit une table servie et mange à sa faim ; puis il s'en va, allumé par le bon repas, et rencontrant une fille dans un chemin creux, il la viole ! La volonté de ce gueux et de ce voleur de draps n'était-elle pas enfermée dans l'alternative, pour eux cruelle, de se priver d'un bien ou de se le procurer par un délit ? Qu'ils s'en privent, dira-t-on, puisqu'ils ne peuvent satisfaire leur désir d'une manière légale. Fort bien ! mais alors, que le nécessité se soumette au mal qui le menace, s'il ne peut l'éviter que par un cri-

me. C'est avec raison que *Levita* qui, sans admettre la théorie de la contrainte, voit la signification de la nécessité dans l'influence d'excitations extérieures sur la détermination de la volonté, — c'est-à-dire dans le caractère d' «action mixte » que présente l'acte nécessaire —, met sur le même pied l'occasion tentante et l'état de nécessité ; et il faudrait ranger dans la même catégorie toutes les espèces de provocations, en particulier celles qui résultent d'injures [1].

En un mot, il n'est pas de détermination de la volonté libre sans motifs, et ces motifs proviennent le plus souvent de l'extérieur. Les moyens propres à atteindre les buts que se propose notre volonté se trouvent quelquefois, par suite de circonstances de force majeure, être des actes illégaux ; notre devoir est alors de renoncer à la poursuite de ces buts, quelque licites qu'ils puissent être en eux-mêmes. C'est précisément le rôle de notre intelligence d'examiner la nature juridique des actes auxquels nous poussent les événements, le rôle de notre liberté de nous déterminer à leur omission, s'ils sont illicites.

L'action mixte doit donc être imputée, car toute action humaine l'est à quelque degré. Plus ce caractère de mixte est accusé, moins, sans doute, elle est coupable : aux yeux des partisans de la liberté, parce que la volonté est plus fortement influencée par des causes extérieures ; aux yeux des autres, parce que l'acte est d'autant moins l'expression de l'individualité de l'auteur, qu'un plus grand concours d'éléments étrangers a été nécessaire à son apparition. Ce sentiment guide souvent le jury accordant des circonstances atténuantes, le juge se rapprochant, dans le choix de la peine, du minimum fixé par la loi.

III. Nous venons de voir que nos résolutions étaient toujours

[1] Nothwehr, p. 16. Cf. codes vaudois, 1843, art. 58, et 1867 : schwytzois, 1869, § 46 c ; valaisan, 1858, art. 99 a.

dues en quelque mesure à des causes extérieures, mises malgré nous et par une nécessité inévitable en relation avec nous. Montrons maintenant que, pour les partisans du libre arbitre, la volonté est de sa nature incontraignable, selon l'adage romain « coacta voluntas voluntas est ». L'homme n'est contraint que s'il veut se laisser contraindre, autrement dit se laisser déterminer.

La liberté est essentiellement conçue par ceux que nous critiquons comme libre arbitre, soit comme faculté de choisir ; à leurs yeux, tout homme en est naturellement doué. Cette faculté existe ou n'existe pas. Elle n'existe pas chez le fou, chez l'individu affolé par la peur. Elle existe chez la victime d'une contrainte physique, mais ne peut alors s'exercer, toute possibilité d'action de la volonté sur le monde extérieur par l'intermédiaire du corps qu'elle gouverne étant matériellement anéantie. Elle existe aussi chez celui qu'on dit moralement contraint ; on ne le nie que timidement et insiste surtout sur le fait qu'elle est « resserrée dans d'étroites limites ». Ici, l'on joue sur les mots : l'on prend le mot liberté dans le sens de « faculté de choisir » d'abord — et c'est dans ce sens seulement qu'elle est une condition de l'imputabilité —, dans celui de « champ dans lequel s'exerce cette faculté », ensuite [1]. Ce champ peut varier infiniment d'étendue ; mais qu'importe, du moment que la faculté reste intacte ? Le nombre restreint des alternatives qui se présentent au choix de l'agent est sans signification aucune, du moment que l'une d'elles est la seule qui doive être choisie. Tout délit prouve sans doute que l'agent n'a

[1] Ce jeu de mots se rencontre chez tous les auteurs, depuis Cremani en 1791 : « quum electio quædam ejus arbitrio relinquatur, libertatem quidem retinet, quæ licet minima sit, adhuc tamen libertas est », jusqu'à Garraud en 1888 (Traité, p. 373 ; il parle de l'individu placé dans l'alternative de voler ou de périr de faim) : « la liberté dans les limites de ce choix est tellement restreinte qu'elle n'est pas suffisante pour engager la responsabilité. »

pas, dans le cas particulier, fait un usage légal de son libre arbitre, qu'il a préféré son agrément au respect de la volonté sociale ; il ne prouve pas qu'il n'en pouvait pas faire un autre usage. Ce qui est incontestable, c'est que les obstacles à l'exercice de cette faculté peuvent être plus ou moins grands, que l'homme doit, suivant les circonstances, faire appel à une plus ou moins grande énergie pour s'abstenir de délinquer, et qu'il en résulte un nombre infini de degrés de culpabilité [1]; il n'en résulte pas que l'action ne puisse être imputée, à moins de poser comme condition de l'imputabilité un degré de force morale tel que l'auteur ait pu triompher de ces obstacles, théorie qui mène au déterminisme et dont nous montrerons l'absolue impraticabilité.

IV. Les partisans du libre arbitre ne peuvent donc voir dans la contrainte morale un motif d'impunité ; s'ils absolvent le coupable en se basant sur la faiblesse humaine, ils doivent dire qu'ils le font « *quoique l'action lui soit imputable* » et non pas « *parce qu'elle ne lui est pas imputable.* » (Janka.)

Nous laissons de côté l'argument de la faiblesse humaine comme indépendant de la question d'imputabilité, nous réservant d'en examiner plus tard la valeur intrinsèque. Résumons le résultat de nos recherches :

a. La doctrine qui veut rendre la question d'imputation indépendante de celle de la liberté n'a pas à prendre en considération la contrainte morale.

b. Le déterminisme ne peut voir dans la contrainte une

[1] La plus raisonnable des théories de contrainte reste celle de *Fritsch*, qui n'aboutit le plus souvent qu'à l'atténuation de la peine (Telum necessitatis, 1661, sect. VI, co. 7) : la peine correspond à la faute, la faute aux « varii gradus voluntarii et involuntarii ». « Quod facillime facere possimus, si id omittamus, maxime velle videmur : rursus si difficilius, minus : si difficillime, omnium minime voluisse videmur. Si prorsus fieri non potuit et nostras vires excessit, jam impossibile fuit factu, adeoque velle non potuimus et prorsus excusemur. »

cause de non-imputabilité, parce que toute action dérive suivant lui d'une contrainte irrésistible, que l'individu contraint en ait ou non conscience.

c. De même ceux qui conçoivent l'homme comme être de sa nature libre et doué de raison — ainsi les criminalistes français —, parce que, tant que les facultés de l'homme restent intactes et qu'un choix entre deux ou plusieurs alternatives est offert à sa détermination, l'acte qu'il entreprend volontairement doit être à leurs yeux un acte libre.

V. Il nous reste à examiner une théorie d'imputabilité toute différente, qui permet d'admettre, sans contradiction, la possibilité d'une contrainte morale, mais inacceptable en elle-même, la théorie de Geyer († 1885, professeur à Munich) qui l'a soutenue avec énergie pendant trente ans d'activité scientifique, mais sans y rallier, semble-t-il, un grand nombre d'adhérents.

§ 4. HEGEL ET LA LIBERTÉ ABSOLUE ; HERBART ET LA LIBERTÉ RELATIVE [1]

1. Tandis que la théorie de la contrainte que nous venons de réfuter règne encore en France, les criminalistes allemands l'ont dès longtemps abandonnée. En France, la science du droit pénal est restée à l'écart du mouvement scientifique et philosophique ; en Allemagne, elle l'a fidèlement suivi, les doctrines les plus diverses se sont succédées et opposées et il en est résulté, après des instants de confusion, un éclaircissement et un approfondissement de toutes les notions.

L'idéalisme hégélien, qui n'est plus dès longtemps aux yeux des philosophes qu'un système chimérique et grandiose à simple signification historique, y est encore vivace dans ses applications au droit pénal. Depuis 1850, nous le voyons do-

[1] Cf. Janka, p. 106-118.

miner sans conteste avec Köstlin, Berner, Hälschner et d'autres ; aussi les théories de la contrainte sont-elles unanimément abandonnées. Car aux yeux d'Hegel, toute volonté intelligente est libre et la liberté est un absolu incontraignable. On pourrait la comparer à une armée, à laquelle aucune force divine ou humaine ne pourrait résister tant que l'intelligence de son chef la dirigerait et qui devrait périr tout entière avec lui. Que cette liberté, absolue vis-à-vis du dehors, mais soumise aux lois nécessaires de la raison, soit une pseudo-liberté et les hommes d'Hegel des êtres idéaux que la terre n'a jamais portés, nous ne le contestons point ; mais sa conception apportait de la clarté dans des idées confuses. Le nœud gordien, compliqué à plaisir, était tranché d'un coup ; la théorie de la contrainte est dès lors morte en Allemagne [1].

II. Les hégéliens trouvent cependant un adversaire acharné dans la personne de *Geyer*, disciple d'*Herbart*, ce grand philosophe un peu méconnu, auquel on doit le premier essai d'une psychologie scientifique. D'après Herbart, la liberté, conçue comme la domination du moi sur la volonté, n'est pas tant une réalité qu'un état d'âme vers lequel nous devons tendre. Il ne faut pas confondre ce qui est et ce qui doit être, dit après lui Geyer [2] ; l'homme ne naît pas libre, il le devient. L'expérience enseigne qu'il n'apprend que lentement à connaître ses penchants et à les combattre en se donnant des principes pratiques de conduite, que ce n'est que lentement qu'il devient capable de se dominer, c'est-à-dire psychiquement libre (selbstbeherrschungs-, selbstbestimmungsfähig). Il n'arrive jamais du reste à la liberté

[1] Binding parlant (Handbuch, 1885, p. 764) de la « thörichte Annahme der Unzurechnungsfähigkeit » exprime l'opinion de tous les criminalistes allemands ; seul *Löning* admet encore la contrainte morale, en se plaçant à un point de vue analogue à celui de Geyer (Grundriss, 1885, §§ 25, 29).

[2] Notstand, 1863, p. 78 sv. ; Erörterungen, 1862, p. 115. V. liste bibliographique.

absolue, qui est un état de domination constante de la conscience sur la volonté. Si tout acte de volonté est libre ou non-libre, un individu donné n'est que plus ou moins libre ; il agira librement ici, et là sans liberté. Et chaque homme jouit d'un degré différent de liberté ; où celui-ci a librement agi, cet autre aurait été incapable de dominer les excitations qui, venant de sa personne ou du dehors, le poussaient à un acte blâmable.

Cette incapacité à être maître de soi-même malgré l'appel à toutes ses forces psychiques constitue l'état de non-liberté, exclusif de l'imputation pénale. Cet état est constant chez l'aliéné, chez l'enfant et peut exceptionnellement survenir chez tout homme ; il en est notamment ainsi dans le cas de nécessité : un mobile unique, la crainte du danger, s'empare alors de la volonté et l'entraîne le plus souvent avec une force irrésistible.

III. Juste peut-être, la théorie de liberté de Geyer est certainement inapplicable en droit pénal. Car si l'homme ne naît pas libre et ne le devient que peu à peu, du plus au moins, de sorte que chacun l'est à un degré différent, ce n'est que par l'examen du cas particulier que le juge peut établir la présence de la liberté. Et il ne saurait jamais y réussir.

Il lui faudrait démonter tous les rouages de l'organisation psychique de l'accusé, rouages d'une excessive complication et qui se modifient incessamment, sous l'influence d'innombrables facteurs ; tâche difficile lorsqu'on opère sur soi-même, plus difficile encore quand on juge autrui, car on n'en peut connaître la vie intérieure que par des indices extérieurs, d'une insurmontable difficulté quand il s'agit d'anciens procès psychiques dont il ne reste que des traces effacées — c'est le cas dans l'appréciation d'un délit commis —. D'autant plus que chacun hérite de ses ancêtres des facultés différentes, qu'il se transforme, soit en raison de ces dispositions naturelles, soit en raison du milieu où il vit, de l'instruction qu'il reçoit, des individus qu'il

fréquente, des mille événements dont il est acteur ou témoin ; il faut connaître non seulement les influences du dehors qui sont venues le façonner, mais encore son état au moment où elles ont agi, le résultat de leur action dépendant de sa propension à les subir.

Partant de semblables prémisses, aucun juge n'oserait se faire fort d'établir la liberté d'aucun acte. Ne sait-on pas d'ailleurs — ce qui interdit au juge de se prononcer à la légère — que les individus les plus maîtres d'eux-mêmes ont leur point vulnérable ? qu'il est ordinairement quelque passion dont l'attaque les trouve désarmés ? La commission même du délit est la preuve que l'homme n'a pas su dominer ses mauvais instincts et, comme le nombre des délits commis est infiniment petit comparé au nombre de ceux que les circonstances donnent la tentation de commettre, ne doit-on pas présumer que les cas où l'homme a cédé à leur entraînement, sont précisément ceux où il n'avait pas la force d'y résister ?

IV. Geyer reconnaît lui-même que, « d'après ces principes, chaque individu devrait être jugé uniquement d'après son développement psychique ; entreprise certainement impossible pour le juge, parce qu'un tel examen ne saurait jamais donner des résultats qui suffisent à baser un jugement pénal. » Il faut, conclut-il, se contenter d'une moyenne, admettre dans chaque individu de tel âge et de tel sexe un certain degré de force morale d'après lequel se mesure l'effet des mobiles sur la volonté, en particulier la contrainte qu'exerce la menace d'un mal dans le cas de nécessité ; c'est-à-dire se contenter souvent d'une « fiction à la place de la vérité introuvable ». (Erörterungen.)

Mais, peut-on baser la responsabilité pénale sur une fiction ? Quoi ! un homme irresponsable parce qu'il n'a pas agi librement, serait condamné en vertu d'une fiction ? C'est reconnaître que l'État peut être obligé de punir les actes auxquels la liberté n'a pas présidé, que la liberté n'est point une condition de l'imputabilité.

V. Mais voici une autre fiction encore : il est des cas où l'acte nécessaire est indéniablement libre et où le besoin de l'impunité se fait cependant sentir. L'État doit les laisser impunis, dit Geyer, parce qu'il ne peut exiger de l'individu qu'il fasse constamment appel à toutes ses forces psychiques. Il ne réprimera pas les délits dont des hommes exceptionnellement doués auraient seuls eu le courage de s'abstenir, qu'ils soient ou non imputables à l'agent. La loi, ne pouvant imputer à faute l'absence d'une volonté héroïque « admet en quelque sorte une fiction de non-imputabilité ». (Notstand, 81 ; Erörterungen, 116). Les conditions d'imputabilité sont présentes et l'acte n'est pas imputé, ce qui signifie que l'État s'abstient de punir pour des motifs étrangers à la question d'imputabilité. Nous voilà retombés dans la théorie de Filangieri !

§ 5. CONCLUSION

Nous avons dû repousser une à une toutes les théories qui font dériver l'impunité de l'acte nécessaire de sa soi-disant non-imputabilité. Résumons nos longs développements :

L'imputabilité pénale peut être rendue indépendante de la question de la liberté humaine ; ou bien être basée sur le déterminisme ; ou bien enfin sur la liberté.

Quelle que soit la théorie adoptée, la *contrainte physique* exclut l'imputation, en tant qu'obstacle à la manifestation de la volonté, et non parce qu'elle détruit la liberté de la volonté, qui demeure entière — « l'homme garrotté reste moralement libre », dit justement Bertauld (Cours, p. 599). L'individu sur lequel elle s'exerce n'est pas actif, mais passif ; son corps est l'instrument d'une force étrangère, non de sa personnalité.

Quant à la *contrainte morale*, les partisans du premier point de vue n'ont pas à la prendre en considération, puisqu'ils ont pour principe de punir l'acte non libre comme l'acte libre.

De même les déterministes, pour lesquels tout acte est le résultat d'une contrainte, que l'homme en ait ou non conscience.

Les partisans de la liberté, enfin, doivent reconnaître que l'état de nécessité n'exclut pas la libre détermination de la volonté. Si la responsabilité pénale suppose à leurs yeux la liberté, c'est qu'on ne peut, pensent-ils, avoir à répondre d'un acte qu'on ne pouvait pas ne pas commettre ; ils conçoivent la liberté comme *faculté de choisir*. Cette faculté, ils doivent la regarder comme le patrimoine de tout homme adulte sain d'esprit et de corps — c'est du reste l'avis de la plupart d'entre eux — ; voir dans la liberté un idéal jamais atteint, un pouvoir qu'aucun homme ne possède en toute circonstance et dont chacun jouit à un degré différent, suivant sa nature première et les causes qui ont influé sur son développement, c'est se condamner à l'impuissance d'établir jamais la présence de la liberté, d'où la nécessité de recourir à des fictions, inadmissibles parce qu'elles exposeraient constamment les juges à punir des innocents. Or l'état de nécessité laisse intacte la santé de l'esprit et du corps (sauf de rares exceptions) ; il ne porte donc pas atteinte à la faculté de choisir, faculté qui du reste y trouve une occasion de s'exercer, puisqu'il n'exclut jamais la possibilité d'un choix. L'acte nécessaire est donc l'œuvre d'une volonté libre.

Il est d'ailleurs des cas où la liberté de l'acte nécessaire est si évidente, que les adeptes de la théorie de contrainte morale n'osent la nier ; ils n'en soutiennent pas moins qu'il ne peut être imputé. Ils argumentent alors de la faiblesse humaine ou de l'inutilité d'exigences légales, auxquelles sa nature empêchera toujours l'homme de satisfaire, considérations qu'ils ne font rentrer dans la question d'imputabilité, à laquelle elles sont étrangères, que par suite d'une confusion : confusion entre la nature de la volonté, libre suivant eux chez tous les hommes, et l'énergie de volonté dont il est besoin pour l'observation de

la loi, énergie très inégalement répartie entre les hommes. La loi punit le délinquant parce qu'il a agi avec intelligence et liberté : pas d'imputation possible sans la présence de ces deux facteurs. Mais elle le punit aussi parce qu'il n'a *pas eu* assez d'énergie pour résister à la tentation de la violer ; l'absence de force morale, sur laquelle on se base pour ne pas imputer l'acte nécessaire, est au contraire la condition première de toute résolution illicite ! Qu'on admette ou non l'existence du libre arbitre, l'énergie de la volonté entrera toujours en ligne de compte pour l'évaluation de la peine ; la culpabilité est d'autant moins grande qu'il était besoin de plus de force morale pour agir conformément à la loi, et c'est parce qu'il en faut beaucoup dans le cas de nécessité qu'il doit largement atténuer la culpabilité. Mais a-t-on jamais discuté sur le degré de culpabilité d'un acte qui n'est pas imputable à son auteur ?

A cette réfutation de principe, il faut ajouter une réfutation des théories de la contrainte par l'exposé des conséquences inadmissibles qu'elles entraînent :

1° La loi ne pourrait jamais imposer l'obligation d'affronter un danger, si la présence du danger faisait disparaître la liberté. Le soldat qui fuit l'ennemi serait irresponsable ! « L'assassin qu'on arrête et qui sait que la mort ou la réclusion perpétuelle lui est réservée a des motifs aussi puissants de tuer le fonctionnaire qui procède à son arrestation, que celui qu'il a décidé à ce crime par des menaces. Personne n'a jamais songé à l'excuser parce qu'il a agi sous l'empire d'une contrainte irrésistible, tandis qu'on absoudrait le second ; et pourtant, à considérer l'irrésistibilité du mobile, l'avantage est au premier, que menacent et la peine et la honte. » (Glaser.) [1]

[1] La théorie de contrainte peut cependant imputer l'acte à titre d'imprudence, en vertu du principe de l'*actio ad libertatem relata* : l'assassin devait penser qu'il courait le risque d'être arrêté (Schröter, op. cit., § 106).

2° Aucune condition objective d'impunité ne saurait être posée ; il serait contradictoire d'exiger que le mal dont a été menacé l'agent ait été grave, imminent, certain, proportionné au mal causé par l'acte, que cet acte ait été nécessaire. L'existence de la contrainte est une question de fait ; le juge doit absoudre celui qui n'a pas agi librement, quelles qu'aient été les causes de son action et les codes, la jurisprudence, ni la doctrine ne peuvent tracer des règles précises déterminant d'avance les cas où l'individu a le droit de se laisser contraindre : ce qui revient à dire qu'il peut, s'il le veut, résister à la contrainte, c'est-à-dire à nier que la contrainte morale soit irrésistible [2].

3° On ne peut raisonnablement parler d'absence de liberté et de force irrésistible dans une foule de cas où l'impunité s'impose, notamment toutes les fois que le bien en détresse n'est pas très précieux, et, généralement, quand l'acte nécessaire est commis pour le salut d'un tiers.

4° L'acte non-imputable n'entraîne pas, d'après la plupart des législations, l'obligation de réparer le dommage.

Quelle que soit du reste l'influence de l'état de nécessité au point de vue subjectif, sa signification objective doit être étudiée. La théorie de contrainte s'applique à la légitime défense et ses partisans étudient pourtant le *droit* de légitime défense : c'est que la détermination des actes à laisser impunis et de leurs conséquences juridiques varie infiniment suivant les principes adoptés.

[2] Typique, Haus, Dr. pén. belge, p. 531, n. 2 : « On ne doit pas confondre le cas où, menacé d'une perte pécuniaire plus ou moins considérable, la personne provoquée consent à servir d'instrument à la vengeance ou à la cupidité du provocateur et à donner la mort à un innocent, avec le cas où pour repousser une atteinte à la propriété, on tue l'agresseur. La justice humaine peut admettre dans la seconde, non dans la première de ces deux hypothèses, que l'agent a été contraint par une force irrésistible. »

CHAPITRE II

THÉORIES MIXTES

1. « Nous cédons à la nécessité moins par sa force que par notre faiblesse, » a dit Mme de Staël ; et parce qu'elle est commune à tous les hommes, cette faiblesse est digne d'excuse, ajoutent les criminalistes que nous allons critiquer. S'il lui suffisait de parler pour être obéi — et alors les peines seraient un luxe inutile —, le législateur devrait ordonner au nécessité de se comporter comme à l'ordinaire et de sacrifier jusqu'à sa vie au respect des droits d'autrui ; la nécessité ne modifie pas le caractère injuste de l'acte. Mais, quoique injuste, il ne saurait être puni, la loi pénale devant tenir compte de la nature humaine ; elle ne s'adresse pas à des anges, mais à des hommes, êtres imparfaits, incapables d'observer toujours les préceptes de la justice absolue.

Cette idée est présentée sous deux formes différentes. Les uns se bornent à constater la faiblesse humaine — ils prétendent du moins la constater — et, poussés par un sentiment d'indulgence envers ce qu'ils appellent manque d'héroïsme, ils excusent celui qu'un danger grave a poussé au crime, alléguant soit l'équité, qui interdit à l'État de demander aux hommes plus qu'ils ne peuvent donner, soit l'utilité sociale qui commande au juge d'éviter les peines sévères, au législateur de ne

pas affaiblir l'autorité de ses lois en les maintenant dans des cas où elles seront toujours violées. D'autres ne se bornent pas à constater cette faiblesse humaine; ils en recherchent le sens juridique et proclament l'impunité de l'acte nécessaire dans un sentiment de stricte justice. Ils remontent à sa source même et, la trouvant dans l'instinct de conservation propre, font observer que la loi de conservation est la loi suprême de l'univers, qu'elle gouverne tous les êtres, la société elle-même, et que la volonté sociale ne peut taxer de criminels les actes qui en dérivent.

II. Nous appelons ces théories « *mixtes* » parce qu'elles reposent sur des considérations de nature à la fois subjective et objective et forment la transition naturelle des théories de non-imputabilité à celles du droit de nécessité. En un sens, elles ne sont qu'un perfectionnement des théories de non-imputabilité — surtout celles de la première catégorie — : leurs auteurs, tout en reconnaissant que le nécessité agit librement et en connaissance de cause, l'excusent cependant à cause de son état d'esprit. Mais, comme les théories objectives, ils soumettent l'état de nécessité à une règle de droit de nature toute spéciale ; l'état d'esprit normal de l'homme, ordinairement condition de l'infliction de la peine, devient ici motif d'impunité [1]. Ce n'est pourtant pas un point de vue purement objectif : la nature intrinsèque de l'acte nécessaire n'est pas prise en considération, mais seulement l'influence de la nécessité sur les déterminations de notre volonté.

III. On a tiré de ces arguments les conséquences les plus diverses quant à la nature de l'acte nécessaire. La plupart y

[1] On pourrait être tenté de faire rentrer la question d'héroïsme dans celle d'imputabilité de la manière suivante : « l'imputabilité a pour condition la liberté ; le délinquant n'a agi librement que s'il pouvait s'abstenir du délit. Or, dans le cas de nécessité, il n'aurait pu s'en abstenir que s'il eût été doué d'un caractère héroïque. » Mais nous avons déjà fait observer que tout délit est dû à l'absence d'une qualité morale, dont la présence chez l'individu l'empêcherait de faire un mauvais usage de son libre arbitre.

voient un acte injuste et criminel, mais excusé[1], d'autres (Rotering) un acte juste, puisque la loi n'en peut pas exiger d'autre ; Janka, revenant à la distinction kantienne, un acte injuste sans être criminel, parce que des considérations spéciales anéantissent les motifs normaux d'incrimination. Nous aborderons cette discussion à une autre place ; il suffit de montrer ici la vanité des motifs d'impunité allégués.

§ 1. FAIBLESSE HUMAINE

1. L'idée que l'acte nécessaire ne doit pas être puni parce qu'il est de ceux auxquels, dans sa faiblesse, l'homme se laisse presque inévitablement entraîner, n'est pas une idée nouvelle. Au XVIIe siècle déjà, *Grotius* fait de l' « imbecillitas humana » la base de sa théorie de la nécessité ; de même au siècle suivant, en Italie *Renazzi* (Elementa, 1773), en Allemagne *Globig et Huster,* dans leur « Mémoire sur la législation criminelle » (p. 137, 124), vainqueur de soixante-quatre concurrents au tournoi ouvert en 1778 par la Société économique de Berne. Puis, nous l'avons vu au chapitre précédent, *Filangieri,* suivant l'exemple de *Matthäus* et suivi lui-même par une école nombreuse, utilise l'argument de faiblesse humaine en le mettant faussement en relation avec la question de la liberté avec laquelle il n'a rien à faire ; l'examen de cet argument complètera donc notre critique de la théorie de contrainte morale en vigueur en France. L'argument n'est remis à sa place et présenté avec quelques développements que vers le milieu de notre siècle, en Allemagne, après que l'avènement des doctrines hé-

[1] L'objection de Binding (Handbuch, I, 765 ; il mentionne à tort Janka) que si la loi ne peut exiger l'héroïsme, elle ne peut exiger l'acte nécessaire, qu'il est donc juste, tombe, si l'on considère que cette exception à la loi est un pis-aller (Glaser) ; la loi désire l'héroïsme et se garde de conférer comme un droit à l'impunité (von Buri, Gerichtssaal, 1878, p. 458).

géliennes a donné le coup de grâce aux théories de contrainte.

H. Breidenbach donne le signal dans son commentaire au code pénal hessois de 1841, dont les articles 39 et 45 déclarent non punissables les actes commis pour la conservation de la vie et même, si le danger provient de menaces, pour celle de l'intégrité corporelle. « Le législateur — dit-il (p. 526-8) — sait bien qu'il ne gouverne pas un pays d'utopie ; il ne s'imagine pas non plus pouvoir en créer un soudain par la seule vertu des peines dont il menace la transgression de ses ordres. Tout en se réservant de tenir, par l'exercice du droit de grâce, un large compte de la faiblesse humaine, il reconnaît déjà dans la loi que, pour être punissable de l'avoir violée, le citoyen doit non seulement avoir matériellement pu l'observer (c'est-à-dire ne pas avoir été victime d'une contrainte physique), mais encore ne pas s'être trouvé dans une situation qui rendît l'obéissance si pénible que, seule, une force de caractère exceptionnelle eût permis de résister aux impulsions qui entraînaient à la désobéissance ; en d'autres termes : *l'observation de la loi ne doit pas être accompagnée d'un trop grand danger (das gesetzliche Verfahren muss mit keiner allzugrossen Gefahr verbunden werden)*... Comme dit le poète du législateur,

Qu'il récompense ou qu'il punisse,
Il lui faut pour l'homme être humain.

D'autres commentateurs, *Leonhardt* (Hanovre), *Dollmann* (Bavière), *Häberlin,* adoptent la théorie de Breidenbach. Le grand criminaliste, *von Wächter,* s'y convertit dans son « sächsisches Strafrecht » et aussi *Marezoll*[1]. *Geib*, auteur d'un traité

[1] Gemeines deutsches Strafrecht, 3 A. 1856, p. 93 : « Der Grund der Straflosigkeit liegt in einer gewissen, von der Kriminal-Politik unabweislich gebotenen psychologischen Berücksichtigung der menschlichen Natur und der unvollkommenen Einrichtungen des Staats » (1e éd., 1841, parlait vaguement d'un « höheres Gerechtigkeitsprincip aus psychologischen Rücksichten ») ; cf. p. 85. Les Allemands font à tort de Marezoll un partisan d'Hegel : (Janka, 142 sv ; Göb, 23 ; Köstlin, Revision, 602).

estimé, et *Krug* l'adoptent, ainsi que tous les auteurs de monographies de l'état de nécessité — excepté Stammler et Janka — : *Rotering*, le plus récent, (1883), s'efforce d'en développer logiquement le principe; les autres — *Berner, Wessely*, *Gillichewski* et *Göb* — admettent en outre dans certains cas un véritable droit de nécessité, ce qui améliore leur théorie. Sur l'argument de faiblesse humaine se base aussi M. *Gautier,* professeur à l'Université de Genève : la loi, — dit-il (cours de 1885) — est faite pour la moyenne de l'humanité ; l'impunité est la constatation du fait de l'imperfection humaine. »

En Autriche, *Glaser*, dans ses « Abhandlungen » (1858), présente la théorie sous une forme un peu différente : « C'est un fait indéniable — dit-il en résumé, en traitant des menaces comme moyen d'instigation au crime — que l'homme peut résister aux tentations. On ne peut trouver douleur ou joie si grande qu'on en puisse affirmer qu'aucun homme n'y résisterait et il n'y a aucun homme si dépravé qu'il ne puisse résister à certaines tentations, grâce à une force puisée dans la meilleure partie de son être. Nous travaillons dès notre enfance à augmenter notre capacité de résistance à la tentation de faire le mal et la société a le droit d'exiger que nous y travaillions. Mais c'est un fait aussi qu'il est des tentations dont le plus aguerri ne triomphe qu'au prix de violents efforts sur lui-même et qu'en y réussissant il fait preuve d'une force qu'aucun de nous n'a reçue au berceau, mais qui est la récompense de toute une vie de combats intérieurs. Sa présence en chaque individu rendrait la loi pénale inutile, puisqu'il n'y aurait jamais d'injustices commises ; elle ne doit donc pas la supposer présente. Aussi, sans diminuer ses exigences, laisse-t-elle à la conscience de chacun de les remplir, lorsqu'il faudrait pour cela une force morale exceptionnelle, en s'abstenant de punir ceux qui ne font pas ce qu'elle ose à peine demander. » Le législateur doit du reste bien se garder de laisser croire qu'il est permis de céder aux

menaces ; il doit simplement laisser au juge le pouvoir d'absoudre, cas échéant [1].

III. Les lois, dit-on, doivent tenir compte de la faiblesse humaine. Cela ne peut signifier que ceci — c'est même sous cette forme que certains expriment le principe — : les lois ne peuvent punir les actes que la plupart des hommes auraient eu la faiblesse de commettre, eussent-ils été placés dans la même situation que le coupable. C'est là en effet la véritable raison d'être du principe : si la plupart des hommes, mis à la place du délinquant, auraient fait comme lui, le délit est moins dû à sa faute qu'aux circonstances et le punir serait le rendre responsable d'événements fâcheux survenus malgré lui.

Mais on ne saurait trouver un principe plus dangereux. Car, s'il est juste, il faut l'appliquer partout et les occasions sont innombrables, y ayant une multitude de délits dus à la faiblesse humaine au même titre que l'acte nécessaire. Qu'on songe aux cas de complicité, à ceux en particulier où l'agent s'est fait l'instrument des résolutions coupables d'autrui, cédant à ses promesses, ses conseils ou ses ordres, ou même pour l'obliger, à ceux où il a assisté l'auteur principal d'un crime auquel il n'avait pas intérêt, par habitude de camaraderie ou complaisance d'ami, où s'est fait fauteur, après l'exécution. Qu'on songe aux crimes dus à une passion violente — se laisser entraîner par la passion est bien une faiblesse humaine — ou à une intention louable ; aux crimes qu'a amenés l'occasion — surtout lorsque l'auteur a pu croire qu'il ne serait pas découvert—, ou bien commis sur provocation. Au point de vue de la faiblesse humaine,

[1] Glaser cite ces vers de Hebbel, qu'on peut ajouter comme correctif à ceux que citait Breidenbach :

Was ich will vom Gesetz ? Es muss das Höchste verlangen,
Was der Beste vermag, wenn er die Kraft nur gebraucht.
So beschützt es die Welt und steht auf dem Guten
Gegen sich selber bei, wenn ihn die Sünde versucht.

le meurtre de l'adultère par le mari outragé est plus digne d'excuse que l'acte nécessaire, et pourtant les lois modernes ne le laissent pas impuni. Et pourrait-on punir aucun délit par imprudence ? Y aurait-il des contraventions de police ? Allons plus loin même : qui pourrait affirmer que s'il eût dû prendre la place d'un délinquant quelconque — à part des cas exceptionnels —, je ne dis pas au moment de la résolution criminelle, mais quelques mois, quelques années auparavant, il eût eu assez de moralité pour ne jamais s'écarter des voies tracées par la loi ? Il y a en tout homme l'étoffe d'un délinquant, parce que tout homme a quelque point faible et que les circonstances peuvent faire qu'il soit précisément attaqué sur ce point ; les lois pénales ne font que combattre la faiblesse humaine. Le juge devrait relâcher les trois quarts des accusés, s'il devait ne condamner que lorsqu'il apparaît que la plupart des hommes n'auraient pas délinqué, eussent-ils dû prendre la place du coupable.

La faiblesse humaine dont il s'agit de tenir compte ne peut donc être — restriction du principe logiquement injustifiable, mais qui peut seule en détourner les conséquences désastreuses — que l'absence de qualités absolument exceptionnelles ; c'est bien aussi ce que disent la plupart des auteurs. Pour ne pas violer la loi en cas de nécessité, il faudrait, prétendent-ils, la « vertu d'un martyre » (Wessely), une vraie « perfection morale » (Filangieri), une « force extraordinaire de volonté morale » (Breidenbach, Wächter, Geib), en un mot de l'**héroïsme** ; c'est ce dernier terme qui est le plus goûté, on le retrouve dans presque toutes les bouches [1]. Berner nous en donne la définition :

[1] Filangieri, p. 165 ; Thibaut, p. 43 (il met l'argument d'héroïsme en relation avec celui d' « inintimidabilité » ; v. ch. IV ci-dessous) ; Tittmann, p. 240; Henke, p. 336 ; Jarcke, p. 182 ; Berner, Lehrbuch, 1886, § 57 et de impunit. ; Geib, p. 221 ; Wessely, p. 17 ; Chauveau et Hélie, p. 573 ; Gillichewski, p. 34 ; Sarrau de Boynet, p. 61 ; Wächter, deutsches Strafrecht, § 56 ; Rotering, p. 251 ; M. Gautier, l. cit. — Il est bien entendu que les partisans de Filangieri sont subsidiairement visés par notre critique.

Herois non modo hoc esse puto, quod vulgo jactatur, summis animi commotionibus imperare . . . Is mihi heroica virtute præditus est, qui et in ultimis rebus justitiæ trutitam non abjicit, qui, dum vitam suam anima alii erepta potest servare, mavult perire, quum et in suprema necessitate rerum momenta æqua lance pensitanda et secundum juris præcepta esse agendum existimet. » De la variété des mobiles qui poussent au crime résulte que les qualités morales les plus diverses sont, suivant les cas, nécessaires pour y résister. Admettons — encore une restriction ! — que la seule qualité exceptionnelle que l'État ne puisse exiger des citoyens soit précisément celle que suppose l'observation de la loi dans le cas de nécessité, soit l'héroïsme (on ne peut donner un meilleur nom à la qualité qui rend capable de se résigner à la mort ou à quelque autre mal redoutable), et qu'on puisse ainsi sans contradiction n'appliquer qu'à l'acte nécessaire un principe applicable de sa nature à tous les délits. La théorie n'en est pas moins inacceptable.

IV. Appliqué à l'état de nécessité, le principe que la loi ne peut exiger l'héroïsme est en effet le plus inutile des instruments en mains du législateur et du juge.

Une seule chose est certaine, son inapplicabilité à bien des actes nécessaires dont l'impunité s'impose. Ce sont, d'un côté la plupart des cas d'intervention (v. p. 22 sv. et 29), de l'autre tous les cas où le danger couru présente peu de gravité : je fracture une valise qu'on ma confiée fermée, mon refus de l'ouvrir me laissant sans défense contre les injures de ceux qui, dans le wagon où je voyage, me soupçonnent d'un vol qui y a été commis ; de même, le plus souvent, lorsque le danger menace la propriété. Pour qu'il puisse être question d'héroïsme, il faut que le mal à supporter soit grave. Mais de quelle gravité ?

De quelle gravité ? On peut discuter la question, non la résoudre, tant est vague la notion d'héroïsme qui doit servir de

critérium ; l'excessive diversité des solutions proposées en témoigne.

Les uns — Rossi, Thibaut, Marezoll, Krug — ne regardent comme acte d'héroïsme que le sacrifice de la vie ; d'autres y ajoutent celui de l'intégrité corporelle — Berner, Mittermaier, von Wächter, Leonhardt, Schwarze, Häberlin —. Breidenbach hésite à aller plus loin : « Doit-il être puni, celui qui commet un faux pour mettre fin à une séquestration qui dure depuis des mois et s'éternisera s'il se refuse à le commettre, le traitât-on même si bien qu'elle ne puisse être dommageable à sa santé ? » Sentant que l'impunité s'impose, mais jugeant discutable l'application de son principe, Breidenbach élude la difficulté : « Comme il n'est pas tenu de se laisser ravir la liberté, le séquestré peut chercher à se délivrer par la force, et, pour autant qu'en l'essayant il s'exposerait à une lésion corporelle, il doit rester impuni s'il se résout au délit qu'on exige de lui. » Mais ce délit n'est pas nécessaire : la lésion corporelle peut être évitée par le sacrifice de la liberté, qui doit être préférée au délit, du moment que le législateur ne met pas ce bien au bénéfice de l'état de nécessité. — Tittmann, du reste, avait déjà appliqué l'argument d'héroïsme au danger pour la liberté. D'autres vont plus loin : ils y joignent l'honneur et la pudeur, parlant d'une manière générale du danger pour la personne (Hye, Chauveau et Hélie). Plus encore ! Jarcke, Wessely, Ortolan, Sarrau de Boynet, Gillichewski, soutiennent qu'il faut quelquefois de l'héroïsme pour accepter la perte de simples choses, lorsqu'elles sont de grande valeur, et récemment enfin Rotering, retournant à l'opinion de Filangieri, qu'adoptent aussi Cremani et Glaser, déclare que le sacrifice d'un bien quelconque, même de valeur minime, peut parfois exiger une force morale exceptionnelle. Qui croirait que tous ces auteurs partent du même principe, identiquement formulé ? Il en est un, Geib, qui va jusqu'à adopter à la fois les deux solutions extrêmes : il trouve un motif

d'excuse suffisant dans un péril quelconque lorsque le danger provient de menaces, dans le seul péril de mort lorsqu'il provient d'autres causes !

Que va donc faire le législateur? Si, comme certains codes allemands il énumère limitativement les biens dont la conservation par un délit doit rester impunie, il ne peut échapper à l'accusation d'arbitraire. Ce qu'il a de mieux à faire c'est de se dire que *ce n'est pas l'espèce, mais l'intensité du danger qui importe* (Rotering), et de confier l'application du principe de faiblesse humaine au juge, mieux que lui à même d'apprécier cette intensité en présence du cas concrêt, en tenant compte de l'individualité de l'agent et de toutes les circonstances ; — il est d'ailleurs forcé de s'en remettre à son appréciation s'il ne veut pas n'excuser que l'acte nécessaire au salut de la vie, car tous les autres biens peuvent être menacés d'une si légère atteinte qu'il ne soit pas besoin d'héroïsme pour s'y résigner : quel délit peut excuser la crainte d'une égratignure, atteinte à l'intégrité corporelle? — Mais la difficulté n'est que repoussée : nous passons expédient sur le danger de la liberté absolue du juge dans l'application d'un principe aussi élastique, danger que reconnaît plus d'un partisan de la théorie de faiblesse humaine — ainsi Breidenbach et von Wächter — ; le juge se trouvera dans le même embarras que les criminalistes cités, tant le critérium dont il dispose est dépourvu de précision. Jusqu'où va l'héroïsme? Comment déterminer ce dont aurait été capable la moyenne des hommes, à la place du délinquant? Le juge ne peut avoir d'autre guide qu'un sentiment vague ; l'arbitraire individuel prononcera et l'un verra noir où l'autre aurait vu blanc.

Outil dangereux, le principe de faiblesse humaine restera inoffensif parce qu'aucun législateur n'oserait autoriser le juge à s'en servir toutes les fois que son emploi est indiqué et que les cas de nécessité, auxquels on en limite l'usage, sont relative-

ment rares ; mais pour les cas de nécessité eux-mêmes, il est impropre à rendre les services qu'on a le droit d'en attendre.

V. Et d'ailleurs, ce principe est faux ! Il n'est pas vrai que les lois ne puissent exiger l'héroïsme, ni que les hommes en soient pour la plupart incapables. S'est-il jamais trouvé, à aucune époque, en aucun pays, un juge pour absoudre le soldat qui a déserté son poste, parce qu'une mort inévitable l'y attendait? Et, d'après le droit moderne, le marin ne sera-t-il pas puni, s'il pourvoit à son salut aux dépens de celui d'un passager? Du marin et du soldat, la société exige donc l'héroïsme. Pourquoi? Dira-t-on qu'il est des individus qui, par métier, doivent montrer cette fermeté d'âme qui fait préférer l'accomplissement du devoir à l'existence même[1]? Mais les peuples civilisés ne connaissent plus le soldat de profession. Tout citoyen est aujourd'hui soldat ; celui qui, hier encore, pouvait impunément transgresser la loi pour le salut de sa vie, ne le pourra plus demain si la survenance d'une déclaration de guerre le fait marcher au combat. Et le sacrifice de la vie que demande à tous la patrie en danger, le premier venu s'en montre capable. Les hommes, à la guerre, courent en foule à la mort ; les lâches y sont rares, les exemples d'« héroïsme » y sont donnés par milliers. La faiblesse humaine, au contraire, dont on argumente pour soutenir que l'acte nécessaire doit rester impuni, combien en a-t-on vu d'exemples? On l'affirme, on ne la prouve pas. — Quant aux marins, c'est sans doute leur métier d'affronter les dangers de la navigation : mais le vieux loup de mer, qui se trouve au nombre des passagers d'un navire qui naufrage et cause la mort de l'un d'eux pour ne pas être lui-même la proie

[1] Cette considération permet d'exiger le sang-froid, le courage en présence du péril, mais non un sacrifice certain. Voir la confusion que fait Rotering, op. cit., p. 261-2 ; et, à propos de la faute, p. 264-5. Rotering joue constamment sur les mots : il dit « Opferwilligkeit », où il devrait dire « Opfer » tout court (notamment p. 258 en haut).

des flots, sera excusé ; un matelot, même jeune et peu aguerri, ne le sera pas. Le premier était cependant plus capable d'héroïsme que le second. C'est que, comme nous le montrerons, si les lois imposent parfois l'obligation de mourir, ce n'est pas que les individus auxquels elle s'adressent alors en soient plus capables que d'autres ; c'est en considération d'une nécessité supérieure à laquelle l'État doit exiger que l'individu se soumette, quelque désagrément qu'il en éprouve.

Ceux qui excusent le nécessité parce qu'il faut une force morale exceptionnelle pour se résigner à la mort, ne peuvent donc expliquer qu'exposer sa vie puisse être un devoir, et que les hommes incapables de le remplir soient l'exception.

Ils l'admettent pourtant, sans souci de la contradiction dans laquelle ils s'enferment. Et ils se contredisent encore, lorsqu'ils se refusent à excuser ceux qui sont tombés par leur faute en état de nécessité ; cette faute les transforme-t-elle en héros ? Ainsi celui qui, sachant qu'il exposait sa vie, a pénétré dans une maison incendiée pour y voler, et ne peut échapper aux flammes qu'aux dépens de ceux dans l'appartement desquels il s'est introduit ; ainsi l'assassin qui tue le témoin de son crime, dans la crainte d'être dénoncé. Il serait certes injuste de les absoudre, et les codes les condamnent ; — l'art. 304, C. P. 1810, modifié en 1832, aggrave même la peine — ; ici encore, ils exigent donc que le premier venu fasse preuve d'héroïsme.

Bien plus ! en fait, tous nos auteurs en sont réduits à distinguer à priori, pour des raisons étrangères à la question d'héroïsme, les cas où l'État doit et ceux où il ne doit pas exiger cette force morale qu'ils disent exceptionnelle. La plupart reconnaissent en effet que le danger de mort n'est pas seul un motif d'impunité ; mais ils ne prétendent pas qu'un danger moins grave puisse excuser un crime quelconque, ils déclarent avec raison que le nécessité n'a droit à l'impunité que s'il observe une certaine proportion entre le mal qu'il cause à autrui et le

mal dont il est lui-même menacé. Le séquestré dont parlait Breidenbach peut commettre un faux, mais point un meurtre. — Qu'est-ce à dire, sinon que le même degré d'héroïsme peut ou ne peut pas être exigé pour des motifs indépendants de la personne du nécessité? Ce n'est pas sa faute, s'il ne peut recouvrer sa liberté qu'en tuant; et on veut qu'il se résigne alors à un mal qu'on juge ailleurs trop dur pour qu'on puisse attendre d'un homme de moralité moyenne qu'il s'y soumette. Que devient ce beau principe qu'une peine ne peut frapper le défaut d'héroïsme? La considération de ce dont est capable la majorité des hommes cède le pas à des considérations d'un tout autre ordre; chacun sent, toute question d'héroïsme et de force morale mise de côté, qu'il serait injuste de punir celui qui sauve sa vie, ou même son bien, en renversant une clôture, injuste d'absoudre celui qui tue pour éviter une perte de mille francs. C'esi ainsi qu'inévitablement on passe de la question subjective de faiblesse humaine à la question objective de la nature intrinsèque de l'acte nécessaire.

Glaser (p. 123) et Rotering (p. 258) essaient de réunir ces deux questions en une seule, en faisant observer que plus l'intérêt en jeu est considérable, plus la loi a le droit d'exiger de force morale des individus; c'est une idée qu'expriment plus ou moins nettement et qu'appliquent tous les partisans actuels de la théorie de faiblesse humaine. Mais, faire varier d'importance le devoir de respecter la loi en raison directe de l'importance de l'intérêt au respect de la loi, c'est dire que le droit qui correspond à ce devoir varie d'importance, c'est créer une échelle des droits ; d'où la solution toute naturelle du problème par la règle que le droit inférieur doit céder le pas au droit supérieur et qu'aucun droit n'est tenu de céder le pas à son égal, théorie dont nos auteurs sont adversaires décidés. Et comment détermine-t-on dans chaque cas particulier la quantité d'héroïsme exigible — si l'on peut ainsi parler? On recourt inconsciemment à

un étrange subterfuge : on appelle « héroïsme » la force morale nécessaire à un individu pour qu'il se résigne à un sacrifice ; on détermine par des considérations objectives l'étendue du sacrifice qu'il est juste de lui demander, et on le lui demande... parce qu'il est juste qu'il s'y résigne, non parce qu'il est capable de l'effort moral sans lequel cette résignation est impossible ; car s'il ne s'y résigne pas, on le punira précisément de s'en être montré incapable. Simple escamotage du principe de faiblesse humaine !

VI. La théorie de faiblesse humaine est donc inacceptable. Le principe en est faux ; ne le fût-il pas que son application n'en serait pas moins impossible, soit par ce qu'en dehors des cas de nécessité il obligerait à excuser des délits qu'on ne peut hésiter à frapper d'une peine, soit par ce qu'en ce qui concerne l'état de nécessité il ne fournit qu'un critérium insuffisant des actes punissables et des actes à laisser impunis.

Du moins l'argument d'héroïsme pourrait-il toucher un jury, qui ne comprendrait rien à la théorie de contrainte morale. Et encore, quelle que soit son habileté à présenter l'idée que les lois sont faites pour la moyenne des hommes et à convaincre les jurés qu'ils auraient fait comme l'accusé, s'ils eussent dû prendre sa place [1], l'avocat risquera de se heurter à leur amour-propre : « Je n'aurais point commis ce crime — s'écriera chacun —. Il n'est pas besoin d'une vertu extraordinaire pour s'abstenir d'un meurtre. » Et c'est la réflexion que nous ferions si nous étions juré !

§ 2. INSTINCT DE CONSERVATION

Janka — criminaliste distingué, mort l'an dernier professeur

[1] Cicéron (ou Cornificius) dit déjà à propos de l'« alternative nécessaire », Rhetorica ad Herennium, l. II, ch. XIV : « Simul quaeret ab accusatoribus, *ab judicibus ipsis, quid facturi essent si in eo loco fuissent* et tempus, locum, rem, deliberationem suam ponet ante oculos. »

à Prague — a cru devoir, dans son ouvrage sur la nécessité, renouveler les anciennes théories de l'instinct de conservation, en les corrigeant conformément aux idées modernes; *Schütze* l'avait précédé dans cette voie (nothwend. Theilnahme, 1869; cf. p. 131 ci-dessus). Voici comment s'exprime Janka (p. 198-9):

« La conservation de soi-même est la loi suprême de la nature. Tout ce qui vit combat pour l'existence. Le monde social ne peut pas plus se soustraire à cette loi que le monde physique. Le droit lui-même, en s'opposant à l'injustice, lutte pour la vie. Sans doute qu'étant donnés le rapport de dépendance des intérêts humains et l'impossibilité qui en résulte d'en tenir compte toujours et partout, la loi ne peut conférer à l'individu le droit d'assurer par tous les moyens son existence; sans doute que le droit ne peut légitimer le combat pour la vie sans perdre de vue sa loi fondamentale, le bien de la société... Mais il ne peut d'un autre côté méconnaître cette loi naturelle élémentaire, *qui pénètre toute la création,* et l'instinct de conservation dont, en vertu de cette loi, *tous les êtres* sont animés *dans une même mesure*; il ne peut se refuser à en tenir compte autant qu'il est possible. Le caractère criminel de l'acte s'efface donc, lorsque la violation du droit est la condition nécessaire du maintien de l'existence individuelle... de quelque genre que soit cette violation,... même quand la conservation est obtenue aux dépens d'une existence étrangère. — Cette proposition est si naturelle, elle se fait jour d'elle-même avec une telle puissance qu'elle est formulée et doit être formulée partout où vit un sentiment juridique sain. » Janka rappelle le mot d'Ulpien (ignoscendum ei qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluit) et toutes les théories, contrainte psychologique, devoir de conservation, impossibilité de la coexistence (Fichte ; v. p. 193 sv. ci-dessous) qui, pour un motif quelconque, accordent toujours l'impunité à celui qui agit pour le salut de sa vie.

Mais ce principe de conservation est un critérium insuffi-

sant : Janka dit que le droit ne peut, sans se nier lui-même, tenir toujours et partout compte de l'instinct de conservation, mais qu'il en doit tout au moins tenir compte en ne punissant pas. De quel droit cette limitation ? L'arbitraire en apparaît par le refus de l'impunité dans les cas de faute et de devoir relevés au paragraphe précédent, dans le cas de devoir surtout : du moment que ce n'est pas la nature intrinsèque de l'acte qui est prise en considération, mais le mobile qui guide l'auteur, il n'y a pas de raison de distinguer. Puis il faut accorder l'impunité à tous les crimes ! à celui qui fait sauter dans son palais une famille royale et quelques cents invités ! à celui qui rompt des digues et amène dans toute une contrée un épouvantable désastre !

Il y a une idée juste dans les développements de Janka. Garraud l'exprime, à propos des passions (Traité, p. 374) : « Les crimes passionnels, suivant l'expression à la mode, sont traités par l'opinion publique et le jury avec d'autant plus d'indulgence que la passion qui les inspire est plus noble et plus élevée. La préoccupation de la recherche du mobile des actes devient tellement dominante dans les verdicts du jury qu'il y a là une indication pour *les législateurs de l'avenir*. Ils *devront se préoccuper* moins des idées théoriques de responsabilité morale que *des mobiles plus ou moins anti-sociaux des actes*. » *Baumeister* (Bemerkungen, 1847) avait déjà considéré l'impunité de l'acte nécessaire comme « une exception à la règle que la criminalité n'est pas exclue par le mobile de l'acte et le but poursuivi par l'agent ». Mais il ne nous semble pas que le mobile de conservation doive être préféré à cet égard à beaucoup d'autres, être mis sur le même pied surtout que les mobiles désintéressés ; l'excès de cet instinct est plutôt un mal, tout individu en ayant une dose plus que suffisante aux besoins sociaux. Et, en tout cas, ce n'est pas sur une considération de ce genre qu'on peut se baser pour déclarer *d'avance* dans la loi que cer-

tains actes, présentant la forme de crimes ou de délits, seront impunis. Il y a là tout au plus motif à atténuation de la peine.

Janka n'argumente, du reste, de l'instinct de conservation que dans les cas où l'existence individuelle est menacée — il y comprend les cas de danger très grave pour l'honneur de la femme, l'intégrité corporelle et la liberté, cas dans lesquels il est moins admissible encore que dans ceux de péril de mort que tout crime, quel qu'il soit, demeure impuni — ; ailleurs, il se base sur la nature intrinsèque de l'acte nécessaire, dont nous avons vu que les partisans du principe de faiblesse humaine étaient aussi obligés de s'occuper souvent. C'est dans cette considération qu'est, suivant nous, la clef du problème ; nous allons voir au chapitre suivant comment la science en est venue à reconnaître le caractère de justice de l'acte nécessaire.

CHAPITRE III

THÉORIES OBJECTIVES

§ 1. FICHTE ET L'IRRELEVANCE JURIDIQUE [1]

I. La même année que Kant, un autre philosophe célèbre émet une théorie neuve de l'état de nécessité ; c'est en un sens celle de Kant poussée à l'extrême. D'après ce dernier, l'acte nécessaire est en dehors de la loi pénale ; d'après Fichte, il est en dehors de toute loi, pénale ou autre. C'est ce qu'avaient déjà dit Grotius, Pufendorf et Thomasius : « leges tacitam habent exceptionem necessitatis » ; mais l'argument sur lequel s'appuie Fichte est original :

Il y a, dit-il [1], état de nécessité « lorsque deux êtres libres tombent par simple causalité naturelle, et non par l'attaque de l'un d'eux, dans une position telle que chacun ne peut sauver sa vie que par le sacrifice de celle de son compagnon, et que sans ce sacrifice tous deux périraient. » Notre philosophe trouve un plaisant moyen de tourner la difficulté que présente la solution juridique du cas ; il poursuit : « Le droit a pour

[1] V. Janka, 88-92, 80, 155, 184, 200 ; Stammler, 40-2, 37, 35 ; Levita, Nothwehr, 10-2 ; Wächter, Sächs. Strafr. 360 ; Meyer, Lehrb. 3 A., p. 306. — Sur la part de vérité de l'idée fondamentale, v. Hälschner, System, p. 276 ; von Buri, l. c., p 446, cf. 456 ; Janka, 200 ; et notre 3e partie.

[1] Grundlage des Naturrechts, II, 1797, § 19, p. 85-7.

objet de déterminer comment plusieurs êtres libres peuvent, comme tels, vivre côte-à-côte; il suppose la possibilité des rapports qu'il veut régler, c'est-à-dire la possibilité de la coexistence des hommes. Dès que cesse cette possibilité, il ne peut plus être question de droit. Il n'est donc ni conforme, ni contraire au droit d'immoler autrui à la conservation de sa propre vie: car il n'y a plus ici à parler de droit. La nature a retiré aux deux individus en présence le droit (Berechtigung) de vivre et la décision est remise à la force physique (von Gros, Rechtswissenschaft, § 42 : « Es steht nicht mehr Recht gegen Recht, sondern Natur »). Ces individus étant cependant soumis à une loi positive, sous l'empire de laquelle ils retombent après l'événement, on peut regarder le droit de nécessité comme le droit de se considérer comme exempté de toute législation. »

II. Cette théorie a le mérite de tirer la signification de l'état de nécessité des bases mêmes du droit — telles que les conçoit Fichte — ; phénomène rare que cet accord des solutions particulières avec les principes généraux. Kant lui-même, acculé dans une impasse par la force même de ses principes, avait dû leur faire violence. Mais aussi la théorie de Fichte n'a vécu qu'autant que sa philosophie du droit, c'est-à-dire qu'elle est bien morte.

L'impossibilité de la coexistence des individus en présence dans l'état de nécessité ne dispense pas le droit de s'en occuper; la mission du droit dure autant que la vie des individus et, dans le cas qui nous occupe, ils vivent bel et bien jusqu'à ce que l'un tue l'autre ou qu'ils se laissent périr tous deux (Zeiller).

Si Fichte disait vrai, le soldat que la crainte de la mort a fait abandonner son poste ne saurait être puni et le matelot ne pourrait être tenu de pourvoir au sauvetage des passagers avant de se sauver lui-même; ne pouvant plus être question de rap-

port juridique, comment expliquer qu'il en naisse des obligations ?

L'état social dérive, d'après Fichte, d'un contrat conclu entre volontés libres; la science actuelle le considère au contraire comme immédiatement donné avec l'homme et la nature humaine, et n'admet pas qu'aucune force majeure puisse l'anéantir. Plus qu'aucun autre rapport entre les hommes, celui que crée l'état de nécessité, en sa qualité de conflit aigu, demande à être réglé par la loi.

III. Fichte conçoit le cas de nécessité comme celui où deux individus périraient ensemble, si l'un d'eux ne tuait l'autre. Notion trop étroite qu'étendent avec raison ceux qui adoptent sa théorie, *von Gros*, *Thomas* (Rechtswissenschaft, p. 38), *Schilling* (Naturrecht, 1859, I, § 38 ; il s'appuie aussi sur l'argument kantien), *Snell* (Naturrecht, 1859, p. 59), parmi les philosophes; *von Grolman* (Grundsätze), *Schröter*, *von Wächter* (dans son premier ouvrage), *Hufnagel* et *Henke*, parmi les criminalistes [1]. Il y a d'après eux état de nécessité toutes les fois que la coexistence de l'un avec la personne ou les droits de l'autre est impossible, de sorte que tous les délits commis pour le salut de la vie sont juridiquement irrelevants ; il est aussi dans l'esprit de la théorie de ne pas obliger le nécessité à la réparation du dommage, aucune prescription légale d'aucun ordre n'étant applicable à son acte. Mais il n'est pas question de lui accorder un droit : ce serait un droit à l'injustice. « Ein Notrecht wäre ein Recht in der Noth Unrecht zu thun » (von Gros, Schröter).

IV. La théorie de l'irrelevance juridique n'eut du reste jamais grande vogue. *Von Wächter* l'abandonne dès son second

[1] V. liste bibliographique. — *Heffter* (Lehrbuch, 1857) ne peut être rallié à Fichte (sic Wächter, 360, Janka, 91) ; il parle d'inefficacité de la loi *pénale* et admet la propriété au bénéfice de l'état de nécessité, ce qui est contraire aux principes fichtiens (Schilling, l. c.), et l'intervention au profit d'autres personnes en détresse.

ouvrage ; *Schröter* et *Henke* adoptent avant tout la théorie de contrainte ; *Hufnagel* la modifie, il part de l'idée d'un droit naturel du nécessité : « Aucun droit, dit-il, n'est lésé, parce que l'homme ne peut reconnaître les droits d'autrui avant que sa propre existence physique soit assurée. » Seul, *Grolman* la développe conséquemment et y reste fidèle [1] ; il la formule avec une grande netteté : « Un rapport de droits et d'obligations ne peut exister entre lésant et lésé, lorsqu'en face des droits du lésé en général ou de certains de ses droits la coexistence du lésant est physiquement impossible. » L'acte nécessaire, s'il n'est pas un homicide, ne fait qu'écarter les obstacles à l'existence d'un rapport de droit, et présente ainsi un caractère de justice. C'est le rôle de l'État, gardien du droit, fait justement observer Grolman, de rendre impossibles ces cas où le droit n'a plus à dire son mot ; c'est pourquoi l'organisation de l'assistance publique est juridiquement nécessaire. (In dem Staate wo Armenanstalten *rechtlich* nothwendig sind, sollte ein solcher Zustand freilich unmöglich sein.) En rejetant, pour sa forme surannée, la théorie de Fichte, qui ne s'est répandue qu'en Allemagne et n'y compte plus de partisans, il en faut retenir cette parcelle de vérité : il est certain que l'état de nécessité amène un conflit de droits — ou mieux, d'intérêts — éminemment désagréable à l'État, et dont la solution ne peut être qu'un pis-aller, et que l'État ne peut mieux faire qu'empêcher qu'il ne survienne. Tous les juristes se sont trouvés embarrassés, lorsqu'il s'est agi d'en trouver la solution juridique ; Fichte s'est, à l'aide d'un subterfuge, dispensé de la rechercher ; Kant ne s'était tiré d'affaire que par un procédé analogue. Cette déclaration d'impuissance de deux grands philosophes rend indulgent envers les autres.

[1] Ni lui, ni von Wächter, ne rangent le cas de menaces sous le point de vue de la contrainte, comme le croit Janka, 91-2, n. 156. Heffter n'étant pas fichtien, Schröter ne l'étant qu'à demi, la remarque de Janka tombe.

§ 2. THÉORIES DU DROIT DE NÉCESSITÉ

HEGEL ; LA VIE, DROIT ABSOLU, ET LE CONFLIT DE DROITS[1].

I. Entre 1820 et 1830, *Hegel* vient renouveler notre question, en ouvrant des voies encore inconnues et qui, abandonnées aujourd'hui, n'en ont pas moins conduit à la solution du problème. D'un coup de main, nous l'avons vu, il abat la théorie régnante de la contrainte morale: la volonté humaine est à ses yeux « l'incontraignable » ; il n'entre donc pas même en discussion et Köstlin, coryphée de la secte hégélienne en droit pénal, proclame la parole du maître. Mais il ne se contente pas d'abattre, il édifie.

C'est dans le caractère objectif de l'acte nécessaire que le grand philosophe trouve la raison de son impunité ; c'est sa nature intrinsèque qu'il prend en considération, et non plus la personne du nécessité. L'état de nécessité est à ses yeux un conflit de droits, d'où naît un droit : lorsque l'affamé, par exemple, en est réduit au vol, son droit à la vie entre en conflit avec le droit de propriété du volé, et l'emporte sur lui, en tant que d'une essence supérieure. Il est bien évident qu'il ne peut être question d'un droit de nécessité lorsque les termes de la collision sont égaux — qu'un mal ne peut être évité que par l'infliction d'un mal semblable —, car les deux droits en présence se font alors équilibre. Et en ce sens, Hegel est en recul sur Kant et Fichte, qui faisaient de l'homicide nécessaire le cas-type de nécessité ; mais son exclusivisme va donner naissance à une série de théories originales, groupant les actes nécessaires en deux catégories distinctes : rangeant ceux qui en sont susceptibles sous le point de vue hégélien et y voyant l'exercice

[1] Janka, 141-51, 77, 106-9 ; Geyer, Notstand, 63 sv., Notwer, 6-7 ; Hälschner, System, p. 274, 278 ; Berner, de impun. 9-10 ; Baumeister, op. c. p. 89.

d'un droit, reconnaissant l'injustice des autres tout en basant l'impunité sur d'autres considérations ;— jusqu'à ce qu'une fusion s'accomplisse entre les deux principes, et qu'apparaisse une théorie une, résolvant de la même façon tous les cas de nécessité.

II. Ce qu'il y a de nouveau dans la théorie de Hegel, ce n'est ni sa notion de l'état de nécessité, qui est celle de la Caroline, ni le fait qu'il reconnaît un droit de nécessité, car les anciens auteurs l'avaient précédé dans cette voie, ni le point de vue du conflit, connu de Thomasius et de Wolff ; c'est son caractère vraiment juridique.

La vie est, d'après Hegel, le droit absolu, infini : « La vie, dans sa simplicité, résume dans leur totalité les intérêts particuliers de la volonté — dit-il dans son langage nuageux [1] —. Toute atteinte à la vie est une lésion infinie de l'existence et entraîne une perte totale de droits. . . Ne pas permettre à un individu de sauver sa vie en péril, ce serait lui refuser d'un seul coup tous les droits. » C'est pourquoi, « en cas de danger suprême et de conflit avec la propriété, la vie jouit d'un véritable droit de nécessité (non à simple titre d'équité, mais à titre de droit)... L'atteinte à la propriété n'est au contraire que la lésion d'une manifestation isolée et bornée de la liberté et n'empêche pas en même temps la reconnaissance du droit en soi et de la capacité juridique du lésé. » Hegel range sous ce point de vue, et le vol nécessaire, et le bénéfice de compétence, « dont le bienfait laisse au débiteur les outils de sa profession, ses vêtements et d'une manière générale la portion de sa fortune — c'est-à-dire de la fortune de ses créanciers — nécessaire à l'entretien d'une existence conforme à son rang social. »

Köstlin développe logiquement l'idée de Hegel, en accordant

[1] Philosophie des Rechts, 1833, § 127. Au nombre de ses partisans, il faut citer les philosophes *Wirth*, speculativ. Ethik, I, p. 109 sv. et *Michelet*, Naturrecht, 1866, p. 150-1.—Sur le criminaliste *Marezoll*, v. p. 179. Théorie à couleur hégélienne chez *Carrara* (op. c. §§ 295, 2040 note).

à la vie un droit de nécessité vis-à-vis de tout autre droit plus borné, et non de la seule propriété [1]. Quoique le bien individuel ne puisse être recherché que dans les limites du droit formel — par des actes non-délictueux —, lorsque *la vie, totalité du bien et des droits de la personnalité,* se trouve en présence d'un droit et d'un bien borné, de la propriété par exemple, et qu'ainsi l'infini est en face du fini, l'inconditionné en face du conditionné [2] (das Leben ist die Fähigkeit und der Träger von dem Wohl und von den Rechten), il faut que le droit borné cède le pas ; sinon, la vie étant identique avec l'existence de la personnalité juridique, ce serait nier ce qui est la base, la raison d'être de ce droit borné, ce qui le rend possible. Lorsque le droit de propriété de A s'efface devant le droit de vie de B, il en résulte, non une négation, mais une affirmation du droit en soi [3].

Abegg (Untersuchungen, 1830 ; Lehrbuch, 1836) suit moins servilement Hegel; il conçoit le droit « comme formé d'une série de systèmes procédant les uns des autres et dont chacun jouit d'une valeur indépendante et absolue vis-à-vis des systèmes inférieurs, tout en devant se subordonner aux systèmes supérieurs. Le critérium de cette subordination des droits semble être leur conditionnement réciproque : l'État conditionne

[1] Déjà dans la « Neue Revision », 1845, p. 597 Anm. et 606 ; et surtout dans le « System », 1855, §§ 37, 61.

[2] *Wessely*, « Befugnisse des Nothstandes » 1862, appuie sur le caractère inconditionné du droit de vie ; de même *Gillichewski*, Notstand u. Notrecht, 1873. Ces auteurs complètent Hegel par la théorie de faiblesse humaine.

[3] Wessely, généralisant cette idée, exige (op. cit. p. 14-5) que le droit sacrifié ne soit pas atteint dans sa substance, mais seulement dans une de ses applications isolées; sans quoi il serait absolument anéanti, tout aussi bien que par l'atteinte à la vie. Ainsi l'on peut, en vertu du droit de nécessité, porter atteinte à la liberté d'autrui, mais non point le vendre comme esclave. « Denn von dem Rechte der Persönlichkeit ist die substantielle Freiheit unzertrennlich. » — *Levita*, Nothwehr, 1856, adopte la théorie de Köstlin telle quelle.

l'individu, qui ne jouit vraiment de droits que dans l'État; la vie elle-même de l'individu est la condition de tous ses autres droits. Lorsqu'un droit supérieur ne peut se conserver qu'aux dépens d'un droit inférieur, il n'y a pas à proprement parler de conflit, fait justement observer Abegg, le second perdant toute valeur en présence de la valeur absolue du premier. *Wessely* aussi subordonne la « personnalité de l'individu à la personnalité supérieure de l'État dont il fait partie ».

III. Que penser de cette théorie? Nous l'avons exposée en nous efforçant d'en dissiper les brouillards philosophiques et sans relever les contradictions de détail et les nombreuses divergences des auteurs. Ses bases sont, en résumé, d'abord la conception de la vie comme d'un droit absolu, dont la négation entraîne celle de tous les autres droits et auquel est seul accordée la faveur de la nécessité; ensuite, la conception de l'état de nécessité comme d'un conflit de droits.

Ces deux conceptions sont fausses.

IV. La vie fût-elle un droit — ce n'est d'après nous qu'un bien protégé par la loi —, ce droit n'a rien d'absolu. Malgré ses tendances hégéliennes, le grand criminaliste *Berner* — qui dans la première édition de son traité de droit pénal (1857, p. 127) avait même adopté la théorie hégélienne de la nécessité — ne se le dissimule pas et l'établit d'une manière irréfutable : Si la vie, dit-il en résumé dans sa dissertation sur l'état de nécessité (p. 9-10), était un droit absolu, elle l'emporterait infiniment sur tous les autres droits et l'on ne pourrait concevoir une obligation de la sacrifier; l'État ne pourrait pas imposer au soldat le devoir d'affronter la mort. Qu'on ne dise pas que la vie n'est un droit absolu que vis-à-vis des autres droits des particuliers et non vis-à-vis de de ceux de l'État — Abegg —, car plus d'un de ces derniers doit céder le pas à la vie : le gardien du trésor public qui, menacé de mort, l'abandonne en mains de brigands demeure impuni. « Il est donc absurde de qualifier un droit d'absolu par

rapport à certains droits et de non-absolu par rapport à d'autres; ce qui peut être comparé — quod aliis anteponendum, aliis postponendum — s'appelle relatif. » Il n'y a donc, conclut Berner, aucun motif de n'accorder qu'à la vie un droit de nécessité.

La vie, ajouterons-nous, n'est à elle seule ni la totalité des droits, ni la totalité du bien ; ceux qui sont plongés dans la misère ou privés de bras ou de jambes, les aveugles, les sourds, souriraient tristement en apprenant de la bouche de Köstlin qu'ils possèdent la totalité du bien être ; et l'esclave accueillerait fort mal Hegel lui déclarant qu'il jouit de la totalité des droits. Ce qui est vrai, c'est que la vie est le bien suprême de l'individu, qu'elle est — pour lui, non pour les autres — la condition de tous les droits et de tous les biens terrestres : c'est pour cela qu'un malade se fera couper la jambe plutôt que de mourir de la gangrène ; mais il préférera de même l'amputation du pied à celle de la jambe, l'amputation de l'orteil à celle du pied.

La chose est évidente. Mais aura-t-on jamais l'idée d'aller couper la jambe de B pour sauver A de la gangrène? C'est à peu près le procédé de Hegel et de Köstlin, déclarant que si A, en danger de mort, n'avait porté atteinte à la propriété de B, le droit en soi, la possibilité de tout droit borné serait niée et que la capacité juridique ne serait pas reconnue dans la personne de B lui-même. Chaque individu a sa sphère juridique propre et la capacité de l'un n'est pas conditionnée par celle de l'autre ; A peut mourir sans que B perde son droit de propriété, ni aucun autre droit. Hegel et Köstlin, qui conçoivent le droit comme un ensemble de règles qui limitent extérieurement notre liberté et dont la transgression ne peut être justifiée par l'intention de l'agent (Revision, p. 591-6), entrent ici en contradiction avec eux-mêmes : l'individu ne peut exercer son droit qu'en respectant ceux d'autrui et nos auteurs n'arrivent pas à

établir que la lésion de ces derniers devienne juste par le fait de la nécessité.

V. La source de cette contradiction est une grossière erreur, que commettent souvent aussi d'autres que des hégéliens ; ils conçoivent l'état de nécessité comme un conflit de droits.

La propriété de A entre en conflit avec celle de B — nous choisissons la collision de propriétés comme la plus favorable à l'opinion que nous combattons, la propriété étant certainement un droit. A, par exemple, voyage à cheval et sa bête, qui meurt de faim, se refusant à avancer, il la fait paître dans un pré voisin de la route. Le fait que l'usage du fonds de B est pour A le seul moyen de conserver son cheval, a-t-il quelque influence sur leur droit de propriété ? Nullement ! A peut disposer de sa chose et empêcher les autres d'y toucher, ce qui est l'essence du droit de propriété ; son cheval peut d'ailleurs crever sans que son droit s'éteigne : il sera propriétaire du cadavre ! Et si, pour éviter ce mal, il le fait paître sur le pré de B, le droit de ce dernier reste intact ; il le fera valoir par une action en réparation du préjudice. Les droits de A et de B ne se portent donc aucunement ombrage. Et il en sera ainsi dans tous les cas de nécessité [1], parce qu'un droit n'est droit qu'autant qu'il reste confiné dans sa sphère et s'exerce par des moyens légaux. — Prenons un autre exemple où l'on peut être plus porté à admettre un confit de droits : le vent a emporté mon chapeau dans un champ de blé ; il semble qu'en allant l'y chercher, je ne fais qu'exercer

[1] Excepté cependant dans les cas de conflits de devoirs (p. 26 sv), l'individu ayant le droit de faire son devoir. Logiquement impossible, le conflit de droits est possible en fait, les faits n'étant pas toujours logiques. Janka l'oublie, lorsqu'il prétend que ce conflit « *weil undenkbar*, nirgend die Veranlassung oder die Unterlage eines Notrechtes sein kann » : cette assertion étonne dans la bouche d'un auteur qui reconnaît — avec raison — la toute-puissance de l'État en matière de constitution de droits (als rechtserzeugender Faktor ; p. 149, 165 sv.). — C'est aux tribunaux du reste qu'il appartient ordinairement de résoudre les conflits de droits.

le droit que j'ai de disposer de ma chose, et que du moment que le propriétaire du fonds a droit à ce qu'on n'y pénètre pas sans son consentement, il y a conflit de droits. Il n'en est rien ; nos deux droits se limitent. Mon droit me permet simplement d'exiger du propriétaire qu'il me restitue ce qui m'appartient et de le poursuivre en justice s'il s'y refuse ; je puis renoncer à reprendre immédiatement possession de ma chose, sans que mon droit sur elle s'éteigne. Mais je m'expose, en m'en allant sans chapeau, à ne le recouvrer que détérioré, et à subir les conséquences fâcheuses pour ma santé d'une promenade nu-tête ; puis j'ai en perspective des démarches peut-être longues et ennuyeuses pour rentrer en possession de mon bien. C'est l'intérêt que j'ai à éviter ces divers dommages — très variables suivant les cas — qui entre ici en conflit avec l'intérêt du propriétaire foncier au respect de son blé.

Ce conflit d'intérêts ne saurait évidemment, par lui-même, créer aucun droit ; l'acte injuste par lequel je sauvegarde un bien ne peut se justifier par la considération que je jouis d'un droit sur ce bien [1]. Qu'il y ait de bonnes raisons pour que le législateur m'autorise à le sauvegarder en cas de danger en portant préjudice à autrui, et reconnaisse ainsi des droits de nécessité, c'est une autre question.

On a souvent combattu Hegel en protestant contre l'établissement d'une échelle des droits. De même que le plus petit état n'est pas moins souverain que le plus puissant empire — s'écrie Marquardsen (Archiv, 1857, p. 401-3) —, de même un droit quelconque est droit au même degré que tous ses congénères ; il n'existe pas de moitiés et de quarts de droits ! — ajoute Geyer

[1] Sophisme analogue chez Haus (Dr. pén. belge, n. 619, note 4) : il déclare illégitime la défense de la propriété par le meurtre, légitime le meurtre du voleur par l'arme à feu adaptée à un coffre-fort pour sa défense parce que chacun « peut disposer comme il l'entend de ce qui lui appartient. » Cf. aussi Breidenbach, page 184 ci-dessus.

(Notstand, p. 78, 65-6). Inutile de répondre, puisque l'état de nécessité n'est pas un conflit de droits.

VI. La théorie hégélienne est donc inadmissible : elle ne donne pas une base suffisante au droit de nécessité et, si droit il y a, il n'est pas de raison pour n'accorder ce droit qu'à la vie.

§ 3. Suite. L'ACTE NÉCESSAIRE, DÉLIT CIVIL.

Quoique de 1840 à 1870 presque tous les criminalistes allemands soient de fervents hégéliens, aucun depuis Köstlin n'adopte telle quelle la théorie hégélienne de l'état de nécessité. Son insuffisance pratique la fait repousser. On comprend qu'une peine ne saurait être infligée à celui qui tue pour sauver sa vie et aussi que la vie n'est pas seule digne de la faveur de la nécessité. Quoi, dit Luden, une femme ne pourra-t-elle pas échapper au péril qui menace son honneur en blessant son gardien de bonne foi ? On ne peut, dit Berner, punir le baigneur dont les habits ont été emportés et qui, par pudeur, s'empare de ceux d'autrui. Et chacun s'ingénie à trouver des exemples de ce genre. La théorie de Hegel leur étant inapplicable, force est de recourir à d'autres arguments. Les uns se rangent à la théorie de faiblesse humaine — celle de contrainte morale est déclarée contraire aux principes de l'imputabilité — ; d'autres se contentent d'y recourir pour compléter celle de Hegel, à laquelle ils demeurent du reste fidèles ; d'autres enfin — auxquels est consacrée la fin de ce chapitre — développent les idées de Hegel en les corrigeant. Deux d'entre ces derniers, *Luden* et *Hälschner,* prennent une direction spéciale : tout en se basant sur le conflit de droits, ils nient le droit de nécessité et considèrent l'acte nécessaire comme un délit, mais un délit impuni parce qu'il est de nature purement civile.

D'après Luden et Hälschner, le *délit civil,* qui oblige à la réparation du préjudice, ne porte atteinte qu'aux *droits*

subjectifs d'un individu — droit de propriété, par exemple —, tandis que le *délit pénal,* qui seul donne lieu à la répression, contient en outre une transgression par la volonté individuelle de la volonté générale exprimée dans le *droit objectif.* L'innocent lésé par l'acte nécessaire ne pouvant être dépouillé de ses droits par le fait qu'un inconnu est menacé d'un péril, même extrême, l'acte nécessaire porte certainement atteinte à un droit subjectif et est un délit civil. Mais ce n'est point un délit pénal, parce qu'il n'est pas contraire au droit objectif : en effet, dit *Luden* (Abhandlungen, II, 1840 et Handbuch, 1847), la mission de ce dernier étant d'assurer l'intégrité juridique des individus, il ne peut, à moins de se contredire, leur imposer une lésion de cette intégrité que pour des motifs juridiques. Et ces motifs n'existent pas dans le cas de nécessité, car ce sont alors des forces naturelles ou l'acte injuste d'un tiers qui menacent un homme d'une perte de droits ; le droit objectif ne peut donc interdire à l'individu de se protéger, même par un acte injuste.

Luden devrait accorder à tous les droits la faveur de la nécessité, mais il n'ose; l'acte n'est vraiment nécessaire, dit-il, que si le droit en détresse est de sa nature « irremplaçable », si c'est la vie, l'intégrité corporelle, l'honneur de la femme, ou la liberté. Restriction injustifiable — on l'a souvent formulée et nous en reparlerons —, car la qualité abstraite de réparabilité d'une lésion importe peu si cette lésion est en fait irréparable. Un doigt ne peut être remplacé ; mais une maison incendiée, qui n'est pas assurée, non plus — et chacun se résignera mieux à la perte du doigt qu'à celle de la maison. Aussi *Hälschner* supprime-t-il avec raison cette restriction (preussisches Strafrecht, II, 1857): il conçoit *l'état de nécessité* comme un *conflit de droits* quelconques, *dans lequel* cependant *le droit à conserver est au moins égal en qualité et en quantité au droit à sacrifier.* C'est, dans notre siècle, la première fois qu'est proclamée dans toute son

étendue l'impunité de l'acte nécessaire et qu'une formule est posée qui embrasse tous les cas de nécessité — sauf pourtant les conflits de devoirs —. Ce fait est digne de remarque [1]. Hälschner conçoit du reste autrement que Luden la mission du droit objectif: c'est la réalisation du bien (Verwirklichung des Wohles). C'est précisément là le but que poursuit le nécessité ; aussi, bien qu'il viole le droit formel, n'y a-t-il pas dans sa volonté cette opposition avec la volonté sociale dans son essence, qui constitue le délit pénal; —disons-le en passant, la conséquence logique de ce point de vue, c'est, en cas d'inégalité des termes du conflit, une modification du droit formel se mettant d'accord avec son but et approuvant l'acte nécessaire, c'est la reconnaissance d'un véritable droit de nécessité.

Ces arguments tirés de la mission du droit objectif, à laquelle contredirait la prohibition de l'acte nécessaire, présentent une grande part de vérité, et nous verrons que c'est de ce côté qu'il faut chercher la clef du problème de l'état de nécessité. Mais est-il besoin de dire que la conception juridique de Luden et de Hälschner est inadmissible? Le droit objectif est l'ensemble des règles de droit en vigueur, les droits subjectifs, les facultés qu'il accorde aux individus ; l'individu n'a de droit que ce que lui en concède la volonté générale exprimée dans la loi. Dès que la loi confère le droit de violer un droit sujectif, ce dernier n'est plus un droit ; et si, inversément, le droit subjectif est maintenu, sa lésion est une atteinte au droit objectif. Étrange conception que celle d'une lutte de droits approuvée par la loi ; le même acte est ainsi juste et injuste ! Cette théorie, qui fait dériver les droits individuels on ne sait d'où, rappelle celle de l'ancien droit naturel — encore vivante chez beaucoup d'esprits en France —, qui accorde des droits aux individus en les considérant comme

[1] Dans son « Deutsches Strafr. » I, 1881, p. 489, Hälschner a la malencontreuse idée de restreindre sa notion de l'état de nécessité à celle d'un conflit de droits inégaux.

des êtres isolés, sans songer qu'il ne peut y avoir droit que d'homme à homme et que le droit de chacun est perpétuellement limité par celui de l'autre, d'où l'impossibilité d'avoir le droit de violer un droit. Toute violation du droit est un délit, et le délit civil est de même essence que le délit pénal ; la science allemande a reconnu la vanité des tentatives d'une distinction rationnelle de ces deux délits, depuis les réfutations, qui paraissent définitives, de *Merkel*, dans ses « Kriminalistische Abhandlungen » (1867, p. 1-41) et de *Binding*, dans son beau livre sur les « Normes » (die Normen, I, 1872, §§ 24-31).

Abordons le second groupe des continuateurs de Hegel.

§ 4. Suite. LE DROIT DE NÉCESSITÉ BASÉ SUR L'UTILITÉ ET LE CONFLIT DE BIENS

I. Tout en repoussant la théorie hégélienne du droit absolu de la vie, *Berner* se rallie à l'idée plus générale qu'elle implique, l'idée d'une différence de valeur entre les droits, et en fait la base d'une théorie nouvelle, la plus acceptable de toutes celles que nous ayons rencontrées jusqu'ici [1] ; nul n'a plus contribué que Berner à faire admettre dans toute son étendue l'impunité de l'acte nécessaire : sa dissertation « de Impunitate propter summam necessitatem proposita » (Berlin, 1861) est un chef-d'œuvre de précision et de bon sens, et son traité de droit pénal le plus répandu des traités sur la matière — il en est à sa quinzième édition.

II. Il admet tous les biens à la faveur de la nécessité, qui confère tantôt un droit et tantôt une simple excuse : une excuse, basée sur la considération de la faiblesse humaine — v. p. 180

[1] En 1848 déjà, il écrit, à propos de la légitime défense (Archiv des Criminalrechts) : « Dans l'état de nécessité, un droit plus élevé se conserve aux dépens d'un droit moindre. » Mais, dans la 1re édition de son traité (1857), il retourne à Hegel (p. 200 ci-dessus).

ci-dessus —, lorsque la lésion infligée à autrui est, ou peu s'en faut, égale au dommage évité ; un droit, lorsqu'elle lui est sensiblement inférieure. Lorsque le nécessité exerce un droit, le lésé doit se soumettre, sans pouvoir user de légitime défense, et un tiers quelconque peut intervenir en faveur du nécessité. Ce droit, Berner l'établit très adroitement, en montrant l'absurdité qu'il y a à le nier (de Impun., p. 9) : « Si excusationem opus esset iis qui, læsa proprietate aliena, vitæ periculum effugerent, consequeretur, melius et virtuti convenientus eos acturos fuisse, vita pro alienis bonis profusa, essetque vir optumus et sapientissimus, qui, dum aquis mersus perire periclitatur, rem alienam aliquam, qua abrepta saluti suæ consulere posset, non abriperet, et pro proprietate aliena mori « dulce et decorum » putaret. Qui mehercle non sapientissimus, sed stultissimus cujusque mors non herois, sed dementis esset. Afferte non martyris coronam, sed scurrae cucullum, quo caput ejus digne exornemus ! » Dire que celui qui attente à la propriété d'autrui pour sauver sa vie agit injustement, c'est dire qu'il aurait dû se laisser mourir ; ce serait le fait du sage des sages que préférer se noyer plutôt que de s'accrocher à la chose d'autrui, au risque de l'endommager ! Mais ce serait en réalité le fait du plus stupide des hommes ; cette mort serait celle d'un fou, non d'un héros. — C'est ce qu'avait dit Wenckebach, deux siècles auparavant (v. p. 135 ci-dessus) ; mais il parlait dans le désert.

S'il faut accorder à la vie un droit de nécessité vis-à-vis des droits de moindre importance, il n'est pas de raison, continue Berner, de n'en pas accorder à tous les droits vis-à-vis des droits de moindre valeur, car la vie est un droit comme les autres. « Egisse sapienter, ducta jurium diversorum ratione, e re publica et absolutissimo societatis humanæ exemplari congruenter, non is tantum, qui *vitæ* suæ salutem expedivit, sed is quoque, qui *salvis gravioribus aliis quibusdam juribus* minora jura violavit. » Il établit donc une échelle générale des droits ;

celui qui sauvegarde le plus important des droits en présence agit conformément à l'utilité sociale et doit être approuvé.

III. Berner parle de *droits*; son argumentation ne perdrait rien de sa valeur s'il parlait de *biens*. C'est au fond sa pensée. Il déclare qu'il n'est pas absurde de parler du « droit de violer un droit », parce que l'homme ne jouit pas de droits innés et inébranlables, que tout droit est conditionné par la possibilité de la vie sociale et disparaît dès que le salut de l'État ou d'autres citoyens l'exige. Ce n'est donc pas un droit qui est lésé par l'acte nécessaire, c'est quelque chose qui *serait* un droit, sans le danger couru par autrui. Qu'est-ce donc, sinon un bien? bien auquel, exceptionnellement, la loi pénale n'accorde pas sa protection. Berner, du reste, parle souvent de biens (bonum, res). Et l'échelle qu'il établit est plus admissible entre biens qu'entre droits, car, pour fixer la valeur d'un droit, il n'est pas d'autre moyen que de remonter à l'intérêt individuel et social au maintien et à l'exercice de ce droit; pris abstraitement, en dehors de son contenu, tout droit à une valeur absolue, comme le disaient Geyer et Marquardsen (v. p. 203).

C'est ce que voit *Schaper*, qui, le premier, pose nettement la question (Holtzendorff's Handbuch, II, 1871) : « Droit contre droit : c'est ainsi qu'on formule généralement l'état de nécessité; ne devrait-on pas dire : bien contre bien? Lorsqu'il apparaît que, d'après le cours normal des choses, deux biens, placés dans la règle sous la protection du droit, ne peuvent plus subsister en présence l'un de l'autre, auquel des deux cette protection doit-elle rester assurée? Le bien moindre doit céder au bien le plus élevé. » A la vie, la santé et l'intégrité corporelle; à celles-ci, la liberté; à la liberté, l'honneur; à l'honneur, la fortune; au danger menaçant plusieurs personnes, celui qui n'en menace qu'une seule; au bien réel et présent, le bien qui n'est encore qu'un devenir, ainsi la vie du fœtus humain à celle de la mère. — Soit dit en passant, cette échelle est inutilisable; Schaper fait brutale-

ment abstraction de toutes les nuances. Il faut tenir compte de la mesure diverse dans laquelle peut être atteint le même bien — un doigt vaut plus qu'un louis, mais vaut-il cent mille francs? —, de la valeur spéciale du bien pour son possesseur, de la possibilité dans l'espèce d'une réparation du dommage et d'une foule d'autres facteurs encore. Le juge peut seul décider, en présence du cas concret, si c'est le bien le plus important qui a été sauvé. *Bentham* (Traités de législation, 1820, II, p. 48-51, 139) avait déjà admis, et c'est la conséquence naturelle de son utilitarisme, la répulsion d'un mal plus grand au nombre des moyens de justification; mais nous ne croyons pas que personne l'eût jusque-là suivi.

IV. Schaper, visant à l'unité, rejette la théorie double de Berner et range tous les cas de nécessité sous le même point de vue : même en cas d'égalité des termes de la collision, il accorde un droit au nécessité. Mais il le base sur un argument insuffisant : « la morale peut exiger de l'individu qu'il sacrifie son bien au bien semblable d'autrui ; le droit, lui, ne peut l'exiger que lorsqu'un individu se trouve en présence d'une pluralité ; » mais il ne peut l'exiger non plus de celui que lèse l'acte nécessaire, ce qu'il fait en accordant un droit au nécessité. — *Stammler*, dans son excellente monographie (p. 50 ci-dessus), renouvelle sans succès la même tentative : « Lorsque — dit-il (p. 74-8) — deux biens de même valeur entrent en un conflit que l'ordre social est impuissant à résoudre, c'est d'après le résultat effectif du combat, d'après la force dont ont fait preuve les biens théoriquement égaux qu'il faut décider quel est celui dont la conservation avait, dans l'espèce, le plus de valeur pour la société et doit, en conséquence, être approuvé par la loi. Le vaincu a succombé avec l'approbation du droit, parce qu'il s'est montré le plus faible et, par conséquent, le moins précieux pour le droit. » Simple jeu de mots : l'homme le plus « valeureux » n'a pas toujours le plus de « valeur » ! Depuis quand la

force physique, ici seule en jeu, a-t-elle décidé de la valeur des individus? La nature n'a pas donné à tous les grands hommes la stature de colosse du prince Bismarck. Puis la force qui décide n'est pas celle du bien en danger, c'est celle du porteur de ce bien ; et quel rapport trouver, par exemple, entre la force des poings de deux paysans et l'intérêt social à la conservation de tel ou tel de leurs biens? Enfin, comme le fait observer von Buri (l. c. p. 440-1), ce n'est qu'à l'issue de la lutte qu'est déterminée la force respective des combattants ; jusque-là, ils combattent sans droit et ce n'est que par l'effet rétroactif du résultat final du combat que leur conduite est juridiquement qualifiée. Que le combat soit interrompu ou qu'il devienne inutile, et les combattants seront coupables de tentative criminelle ! Nous tombons dans l'absurde.

Les autres criminalistes qui, même dans le conflit de biens égaux, admettent un droit de nécessité — ainsi *Merkel* (op. cit. p. 35), *von Bar* (Grundriss, 1873, p. 10) et *Binding* (Normen) — ne le justifient pas. Il est injustifiable, car il implique alors une contradiction insoluble; Binding lui-même le reconnaît dans son dernier ouvrage (Handbuch, I, p. 763) : Le nécessité trouve en face de lui un individu dont son attaque fait un nécessité et qui, comme tel, jouit aussi d'un droit. Le premier ayant le droit de tuer le second, le second ne saurait avoir celui de l'en empêcher et doit se laisser tuer; mais en même temps il a le droit de tuer le premier! Nous retrouvons, poussée à l'extrême, l'absurdité de la théorie de Luden.

Berner a donc raison de n'admettre un droit de nécessité qu'en cas d'inégalité des termes de la collision ; faut-il même jamais tirer cette conséquence de cette vérité incontestable que la société attache une importance très diverse à la conservation des divers biens? La doctrine allemande actuelle le nie. Nous examinerons la question en exposant notre propre théorie, qui prend aussi pour point de départ l'idée du conflit de biens.

§ 4. CONCLUSION

Nous sommes arrivés au terme de l'évolution des théories de l'état de nécessité au XIXe siècle; elle s'est presque tout entière accomplie en Allemagne. Cette évolution est instructive: En face de l'acte nécessaire, on a d'abord constaté que la crainte d'un mal imminent entrainait au délit et on a cherché à l'excuser à l'aide des principes connus; l'application du principe que l'homme n'est responsable que des actes librement accomplis a semblé tout indiquée. Puis il a été reconnu que la contrainte morale était illusoire, et les théories de non-imputabilité ont été abandonnées pour celles d'excuse. Une règle spéciale a été posée: les lois sont faites pour la moyenne des hommes et les hommes ne sont pas parfaits. Enfin l'acte nécessaire a été considéré en lui-même; Hegel, retournant à la doctrine canonique du moyen âge, a proclamé le droit de la vie à se conserver aux dépens de la propriété et l'idée d'une différence de valeur entre les droits, heureusement reprise et développée, a conduit à la solution que nous croyons juste.

En France même, une évolution analogue s'est produite, comme par la force des choses et sans que les auteurs en aient pris conscience. Ils abandonnent de plus en plus la théorie de contrainte morale pour celle de faiblesse humaine, et trouvent le critérium de l'impunité dans le rapport d'importance entre le mal évité et le mal causé, critérium qui ne convient qu'à la théorie du conflit de biens.

Il nous reste à étudier un groupe de théories en faveur desquelles ne s'est jamais créé aucun sérieux courant d'opinions, et qui, bien que renfermant une grande part de vérité, sont impuissantes à justifier l'impunité complète de l'acte nécessaire.

CHAPITRE IV

THÉORIES D'INUTILITÉ DE LA LOI PÉNALE

Leur idée-mère est la suivante : la punition de l'acte nécessaire serait dépourvue de toute utilité sociale ; la peine n'atteindrait pas les buts qu'elle se propose — buts d'intimidation, d'amendement, de prévention, de rétablissement de l'ordre social et autres —, ou ces buts sont atteints déjà, sans qu'il soit besoin de recourir à la répression. Une peine inutile étant injustifiable, l'acte nécessaire doit rester impuni. — Ces théories se basent donc sur une considération toute négative : l'absence de motifs d'incrimination. Que l'acte soit injuste et imputable, elles n'en doutent pas ; mais combien de violations de droit sont à l'abri de la sanction pénale ! Pourquoi, par exemple, la tentative d'infraction et les infractions commises par imprudence, ou même volontairement, mais sans intention méchante, pourquoi les fraudes en matière de contrats ne sont-elles pas toujours punies ? C'est pour des motifs analogues que le délit nécessaire ne doit pas être incriminé.

Si, comme Kant ou Joseph de Maistre, on voit dans la peine l'expiation nécessaire du mal commis, c'est une question oiseuse que celle de son utilité. Mais on est, de nos jours, généralement d'accord sur ce point, que l'utilité de la peine est, sinon sa raison d'être, du moins sa condition d'application. S'il était

vrai que la punition du nécessité fût inutile, malgré l'injustice de son acte, ce serait donc une base suffisante à son impunité.

§ 1. IMPOSSIBILITÉ DE L'INTIMIDATION

On se rappelle l'argument de *Kant* (v. p. 146) : la peine ne peut, en menaçant d'un mal, détourner du délit celui que menace un mal immédiat dont le délit peut seul préserver. *Erhard* et *Michaelis* l'avaient formulé avant lui ; après lui, *Feuerbach* le met faussement en relation avec la question d'imputabilité (v. p. 152) ; mais d'autres le laissent à sa place : en Allemagne, les criminalistes *Thibaut* et *Salchow* et le philosophe *Schilling* ; en France, *Rossi* ; en Angleterre, *Bentham*, qui va jusqu'à baser sur cette idée l'impunité du duel : les lois qui le prohibent sont méprisées « parce que l'homme d'honneur craint plus la honte que le supplice » [1]. — Quelle est la valeur de cet argument ?

L'intimidation fût-elle l'unique but de la loi pénale, son impossibilité ne saurait suivant nous être un motif d'impunité. Elle vise l'avenir, et non pas le passé : « Tu seras pendu — disait un juge anglais célèbre —, non parce que tu as volé un cheval, mais pour qu'on ne vole plus de chevaux. » On peut donc punir le nécessité, la peine étant dirigée contre les délits futurs d'individus qui ne se trouveront sans doute pas en état de nécessité. Et toutes les fois d'ailleurs qu'un délit est commis, c'est que l'intimidation ne s'est pas produite, et cela provient généralement de ce qu'elle n'était pas possible — il en est même toujours ainsi aux yeux des déterministes — ; soit que la peine n'ait pas été de nature à faire impression sur le cri-

[1] *Thibaut*, Beyträge, 1802, p. 43; cf. p. 24 : « ich bin mit H. Feuerbach überzeugt... dass der Zweck jedes Strafgesetzes Abschreckung ist », et p. — sv. sur l'imputabilité. — *Salchow*, Lehrbuch, §§ 80-1 (cf. p. 156 ci-dessus). 54 *Schilling*, l. c. (p. 195 ci-dessus). — *Rossi*, Traité, p. 301, 300. — *Bentham*, op. c. p. 140.

minel, soit qu'il se soit bercé de l'espoir de n'être pas découvert : est-il une impossibilité plus absolue que celle où se trouve l'État d'inspirer la certitude qu'aucun délit n'échappera à la répression? A cela s'ajoute qu'en cas de nécessité l'intimidation, quoique douteuse, reste possible : dans certaines classes, la honte de la condamnation est plus redoutée que le mal matériel de la peine. Et cette possibilité suffit, parce que l'intimidation n'est jamais que possible et que toute déclaration d'impunité, en rendant plus incertaine encore l'application de la loi, en affaiblit d'une manière fâcheuse le pouvoir intimidant. Nous renvoyons au surplus à notre critique de la théorie de Feuerbach (p. 149 sv.) ; qui veut intimider ne peut être ni indulgent, ni juste, car le principe d'intimidation est de sa nature exclusif de tout ce qu'on appelle justice.

Von Liszt, professeur à Marburg, vient de ressusciter la théorie kantienne, en l'habillant à la moderne. La loi pénale avait pour effet, d'après Feuerbach et Bauer, d'avertir et d'intimider ; c'est, d'après von Liszt, l'effet de la défense — ou ordre — dont la transgression est frappée d'une peine, de la « norme », dont la menace de peines ne fait que fortifier le pouvoir (Lehrbuch, 1888, p. 25). Or, dans l'état de nécessité, « la loi, tenant compte de la puissance des faits, renonce à exiger qu'on observe ses prescriptions, parce qu'elle ne peut compter sur cette observation,... qu'elles doivent se montrer impuissantes vis-à-vis de l'instinct de conservation fondé dans la nature humaine. » Mais c'est précisément pour les cas d'impuissance de la norme que sont édictées les peines, tout délit étant un de ces cas ! Von Liszt dit que, comme dans la prescription, le législateur « tient ici compte de la puissance des faits » ; le fait, c'est, dans la prescription, la victoire du criminel sur les institutions pénales ; ce n'est, dans l'état de nécessité, que la commission de délits et sa plus ou moins grande inévitabilité. La conséquence de ces beaux principes serait l'impunité de

tous les crimes! Il faudrait examiner la nature juridique d'actes dont la fréquence ne peut être qu'un motif de sévérité.

§ 2. INUTILITÉ DE LA PRÉVENTION

La théorie pénale d'intimidation voit dans la peine une mesure de *prévention générale,* visant, non le délinquant, mais ceux qui pourraient délinquer, autrement dit tout le monde; au contraire, d'après la théorie de *prévention spéciale* — qu'a développée *Grolman* à la fin du siècle dernier et qui, grâce à la nouvelle école italienne, redevient en vogue —, c'est une mesure destinée à empêcher les délits futurs du délinquant lui-même. Qui commet un délit en fait craindre de nouveaux; d'ennemi de l'ordre social qu'il s'est révélé en violant la loi, il s'agit de le transformer en être inoffensif, but que la peine atteint ou par son incapacitation complète (mise à mort ou prison perpétuelle), ou par l'infliction d'un mal dont il craindra la réitération (en l'intimidant), ou encore — ajoutent les modernes — par l'amendement, qui développe ses sentiments altruistes, tandis que l'intimidation ne fait appel qu'à ses instincts égoïstes. La peine n'a donc aucune raison d'être, lorsqu'auteur d'un acte injuste un individu n'en est pas moins inoffensif.

C'est le cas du nécessité, aux yeux de Grolman (Grundsätze, 1798; plus tard il se rallie à Fichte); et c'est aussi l'avis de *Bentham,* qui s'exprime de la manière suivante (op. cit., p. 39): « Un point commun à ces circonstances — conservation de soi-même ou de personnes chères, condescendance à menaces, « outrepassation » de défense nécessaire, provocation—, c'est que le délit n'a pas eu sa source originaire dans la volonté du délinquant. La cause première, c'est un acte d'autrui, une volonté étrangère ou quelque accident physique; à part cet événement, il n'eût pas songé à devenir coupable, il serait demeuré innocent jusqu'à la fin de sa vie, comme il l'avait été

jusqu'alors. Et même, ne fût-il pas puni, sa conduite future serait aussi bonne que s'il n'eût pas commis de délit. » Sur cette considération — dans laquelle on retrouve l'idée de l'action mixte —, le publiciste anglais ne base qu'une atténuation de la peine, parce que sa théorie pénale met le but de prévention générale sur le même pied que celui de prévention spéciale et que cette dernière peut devenir inutile sans que le besoin de la première se fasse moins sentir. Ainsi en cas de provocation ; mais non dans le cas de nécessité : la prévention générale n'a pas alors à être recherchée non plus, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, de sorte que l'acte nécessaire est complètement impuni.

La théorie de non-intimidation veut l'impunité du délit nécessaire parce que l'intimidation, quoique désirable, est impossible ; celle de non-prévention, parce que la prévention, quoique possible, n'est pas désirable. Mais cette dernière assertion nous semble aussi gratuite que le première : le système pénal de prévention repose sur la présomption injustifiée que la commission de tout délit prouve — et prouve seul, puisqu'on ne punit que les délits — une disposition d'esprit qui compromet la sécurité publique. La combattre dans le cas de nécessité par cette seconde présomption qu'il n'y a pas à craindre de récidive de celui qu'a entraîné au crime la crainte d'un mal, de la mort même, ne se justifie pas davantage. Le nécessité a voulu un acte qu'on dit illégal ; puisque le danger social résultant des volontés illégales est la raison d'être de la peine, il faut le punir. Qui nous dit qu'il ne retrouvera pas d'occasion aussi tentante de violer la loi que celle de l'état de nécessité ? et qu'il n'y succombera pas d'autant plus volontiers que sa première infraction est restée impunie ?

C'est ce qu'il faudrait répondre aux partisans de la théorie pénale d'amendement qui voudraient qu'on laissât le nécessité impuni, parce que son amendement serait superflu. *Rotering*, (l.c.)

qui donne aussi les arguments d'inintimidabilité et d'inutilité de la prévention, dit que cet amendement est impossible, parce que « la peine infligée au nécessité apparaît comme cruelle, éveille des sentiments de vengeance et de haine » ; simple pétition de principes : la peine n'est pas cruelle si elle est méritée.

Il est donc ridicule de prétendre que celui qui s'est souillé les mains d'un crime (puisqu'on soutient qu'il y a crime) par simple égoïsme doive, quant à la légalité de ses intentions, quant à la confiance que peut avoir la société dans le respect dont il témoignera à l'égard des droits d'autrui, être mis sur le même pied que celui qui n'a pas commis de crime. Il n'a fait preuve, sans doute, ni d'endurcissement, ni de perversité, ni d'instincts vicieux, ni d'un méchant dessein de nuire ; mais que de condamnés sont dans ce cas ! Ne punit-on même pas souvent la simple imprudence ? Sa peine sera certainement atténuée, mais le législateur ne peut baser sur des considérations de ce genre l'impunité des plus graves atteintes à l'ordre social.

§ 3. INSIGNIFIANCE DE L'ACTE NÉCESSAIRE

On s'est placé à un troisième point de vue, enfin, pour prouver qu'il est inutile d'infliger une peine au nécessité. Plusieurs criminalistes de valeur, *Carmignani* en Italie, en Autriche *Glaser* — qui greffe cette théorie sur l'argument de faiblesse humaine —, en Allemagne *Meyer* [1] — converti depuis à l'idée du conflit de biens —, ont soutenu que le délit nécessaire ne présentait pas une portée sociale suffisante pour qu'il fût besoin de réagir contre lui autrement que par une action civile en dommages-intérêts. L'argument convient surtout à la théorie pénale

[1] Lehrbuch, 1875, § 54 ; cf. 4e éd. p. 11-2. Nous ne connaissons cet ouvrage et les « Juris criminalis elementa » de Carmignani que par Stammler (43-4), Janka (185-6) et Köstlin (Revision, 601 ; System, 115). — Stammler cite en outre M. le prof. *Seuffert* (de Breslau ?), à son cours.

de Carmignani, théorie de légitime défense sociale qui justifie la peine par le danger qui résulterait pour la société de l'impunité; or ce danger, dit-on, est ici presque nul. « Quel est le danger, quelle est l'alarme de pareils actes? » s'écrie *Rossi* (l. c.), qui adopte l'argument. Glaser est moins laconique: « La société humaine n'a atteint nulle part un degré assez élevé de perfection morale, pour que la punition de celui qui a cédé aux menaces rencontre ce *communis consensus* qui est à la base de toute disposition de loi pénale... Nous sentons que s'il y avait résisté, il aurait fait plus que nous n'en serions nous-mêmes capables dans la plupart des cas;... aussi la lésion de droit n'a-t-elle pas assez de retentissement moral (moralische Fortwirkung) pour troubler plus que le rapport de droit particulier entre lésant et lésé, pour mettre en danger l'ordre social lui-même; et tout le monde voit dans cette dernière circonstance une condition de la peine. »

Nous avouons ne trouver là que ce que Köstlin, critiquant Carmignani, appelle « ein vages politisches Raisonnement. » Le *communis consensus,* dont parle Glaser, est présent: la punition de l'homicide nécessaire, par exemple, ne se heurtera pas à la désapprobation publique, la majorité des hommes jugeant plus de la criminalité d'un acte d'après sa valeur morale que d'après sa portée sociale, et l'orgueil humain faisant que chacun s'attribue plus de moralité qu'il n'en possède. Et cet acte cause alarme et danger: danger résidant dans la volonté criminelle de l'agent, nous l'avons montré plus haut; danger résultant du mauvais exemple donné, de l'ébranlement de la loi violée, dont l'autorité doit être rétablie; le même danger, en un mot, qui accompagnerait le délit non commis en état de nécessité, à un moindre degré d'intensité sans doute, ce qui entraînera l'atténuation de la peine.

Stammler (op. cit. p. 43-4) fait à cette théorie un reproche qui, s'il était fondé, atteindrait toutes celles exposées dans ce

chapitre. Elles attribuent, dit-il, au législateur un procédé d'incrimination qui n'est pas le sien. « Il faudrait supposer qu'il ne pose pas une norme, dont la transgression doit être punie et ne rester qu'exceptionnellement impunie, mais qu'il se représente, successivement, par exemple tous les cas de vol possibles et se demande chaque fois s'il y a matière à pénalité ; dans le cas de nécessité, il ne trouverait, étant donné notre degré de civilisation, aucun motif d'incrimination, n'y ayant lieu de poursuivre aucun des buts de la loi pénale. » Mais le législateur recourt souvent, dans une mesure variable, à ce procédé [1]. Il incrimine la menace de crimes — au sens étroit du mot —, non celle de délits ; il s'est donc représenté les divers cas possibles de menaces, et a jugé que celle de délits n'était pas assez grave pour justifier un procès pénal. De même toutes les fois qu'il exige, pour la criminalité, qu'un mal soit commis de telle ou telle façon, dans telle ou telle circonstance, dans tel ou tel but spécial ; ainsi « de nuit » ou « méchamment ». De même quant à la tentative, n'incriminant que par une disposition expresse la tentative de délit — au sens étroit du mot —, il doit se demander à propos de chaque article qui vise un délit s'il y a lieu à incrimination. Il pourrait de même, comme les pénitentiels, ajouter à chaque article de loi « sauf cas de nécessité » ; mais il est plus simple de consacrer un article spécial à cette exception. Son examen des cas possibles est du reste facilité par le fait qu'il peut n'examiner que les plus graves ; là où l'homicide est insignifiant, toute infraction l'est aussi. Et il a à sa disposition un critérium très net de l'acte nécessaire ; l'étude des théories objectives nous l'a révélé : son auteur ne fait que détourner sur autrui un mal qui le menace ou lui infliger un mal moindre que celui qu'il évite par son acte. On peut donc se poser cette ques-

[1] Les développements de Binding dans ses « Normen » (I, 1872, §§ 15-23) mettent ce point en lumière.

tion : y a-t-il lieu de punir des actes qui, bien qu'injustes, ne causent aucun dommage extérieur et ne témoignent chez leur auteur — sans compter les cas d'intervention, moins graves encore — que d'un manque de délicatesse de sentiments, que de l'absence d'un altruisme élevé qui n'est point le partage du commun des hommes?

Oui, il y a lieu de les punir, par cela seul qu'ils sont injustes et incriminés par la loi ; quelques considérations sur les principes de la pénalité mettront ce point en lumière.

§ 4. ESQUISSE D'UNE THÉORIE DE LA PÉNALITÉ [1]

Nous l'avons dit (p. 32-4), la base de la peine est la nécessité du droit, et d'un droit respecté ; le droit ne peut vivre qu'en luttant contre ses ennemis. Les plus redoutables sont « *les criminels* », que leur constitution physique et morale ou l'habitude doivent inévitablement pousser au crime — les récidives en sont un indice —, classe spéciale d'individus qu'étudie l'anthropologie moderne, êtres impropres à la vie sociale, dont il faut l'adaptation au milieu ou la sélection ; la société est comme un organisme qui doit s'assimiler les éléments étrangers ou les expulser. C'est à eux que sont réservés les châtiments les plus cruels.

Mais les ennemis du droit sont aussi *tout le monde*. Tout homme a des aspirations et des besoins que vient parfois contrecarrer la loi et qu'il est tenté de satisfaire en la violant. L'expérience montre qu'il la viole. Que doit-elle faire alors ? Ses

[1] Nous cherchons à concilier les idées de la nouvelle école italienne et le principe des théories juridiques allemandes (Hegel, Welcker, Wächter, Binding, etc.) et repoussons absolument la théorie, classique en France, de Rossi, dont il serait facile de démontrer l'insuffisance pratique et les contradictions. La discussion des théories nous entraînerait du reste trop loin et nous devons nous contenter d'un exposé très bref.

commandements ne remplissant leur but que s'il y est obéi, il faut qu'elle en assure l'observation par la force. Mais il est des violations de droit irréparables; la loi doit-elle alors s'avouer impuissante? Non! il faut qu'elle fasse sentir au récalcitrant le poids de sa main pour qu'il respecte dorénavant sa volonté, lui et tous ceux qui voudraient l'imiter. En un mot la loi ne peut atteindre son but que si elle a une sanction et cette sanction ne peut être quelquefois que l'infliction d'un mal au violateur de la loi.

Il ne s'ensuit pas que tout acte injuste doive être puni; ce n'est pas pour obéir à la logique ou à la morale que l'État punit, c'est dans un but d'utilité sociale. Et la peine est en elle-même un mal: pour le condamné, membre du corps social dont la société a le devoir d'assurer le bien-être, pour les siens, pour la société dont il est peut-être un rouage utile, pour l'État auquel la répression coûte. Il ne peut donc punir que là où le mal résultant de l'impunité serait plus grand que le mal de la peine; sans quoi la peine irait à l'encontre de son but. L'importance du mal de l'impunité, autrement dit du danger social causé par l'acte injuste, dépend d'une foule de circonstances — notamment de l'existence de facteurs pouvant, comme la réparation du préjudice ou la désapprobation publique, jouer le rôle répressif de la peine ou, comme les précautions des intéressés en matière de contrats, un rôle préventif —; mais c'est surtout de l'importance de la règle de droit violée qu'elle dépend — « plus un bien a de valeur pour nous, mieux nous veillons à sa sécurité », dit justement Ihering —, importance qui se mesure à celle du bien, de l'intérêt, dont elle assure la protection, l'intégrité.

Dans l'état de nécessité, la règle de droit transgressée est la même que partout ailleurs; c'est, par exemple, celle qui interdit le meurtre. Et s'il est vrai que le danger social qui motive l'incrimination varie aussi avec l'intensité, très variable, de l'ébranlement de la loi, la portée sociale d'un acte ne peut être mesurée

qu'à celle de la moyenne des actes de même catégorie. Un homme, méchamment blessé, est un instant après tué dans un accident ; une maison de jeu vient d'être ouverte et les banquiers n'ont que perdu de l'argent quand la police y fait une descente ; un délit reste ignoré du public, ou est commis dans une excellente intention. Si les coups et blessures, le jeu de hasard, les délits en général étaient *toujours* accompagnés de circonstances semblables, l'État ne les punirait pas. Mais le législateur ne peut faire dépendre la criminalité de circonstances accidentelles de ce genre. Parlant en termes généraux et pour l'avenir, il fait savoir qu'un acte est punissable et il faut que les citoyens sachent qu'il l'est toujours et partout ; sans quoi la répression perdrait toute efficacité et la lutte contre l'injustice serait vaine.

Prenant la forme d'un délit, l'acte nécessaire, s'il est injuste, doit donc être puni, parce que le rôle de la pénalité est de réprimer l'injustice ; il ne peut être impuni que si des motifs *positifs* viennent faire contre-poids aux motifs normaux d'incrimination. Si la peine est injustifiable lorsqu'elle est inutile, elle est ici plus qu'utile, elle est nécessaire.

CHAPITRE V

LÉGISLATIONS

A l'histoire critique des doctrines dont le XIXe siècle a vu l'éclosion, joignons un aperçu des dispositions que les lois modernes ont consacrées à l'état de nécessité.

I. La mission d'un code, en pareille matière, c'est de poser des principes clairs et d'une application facile ; aucun ne satisfait, même de loin, à cette exigence. Le juge est laissé sans boussole en face de questions délicates, dont les controverses de la doctrine augmentent encore la difficulté. La loi anglaise est muette. Quelques codes posent bien un principe général, celui de la contrainte ; il est inapplicable ! Les autres, s'ils sont plus précis, conçoivent avec une regrettable étroitesse la notion de l'état de nécessité, qui ne résulte suivant eux que du danger pour la vie ou l'intégrité corporelle ; ils veulent donc ailleurs l'infliction d'une peine ? La conservation de l'intégrité corporelle ne peut du reste excuser tous les crimes ; quels sont ceux qui doivent être punis ? Ils n'en soufflent pas mot. Quant aux conditions d'impunité, ils y consacrent des dispositions détaillées, mais pleines de contradictions.

Cette insuffisance des législations n'a rien de surprenant ; elles ont traduit les idées en cours chez les criminalistes lors de leur rédaction, et nous avons vu que la reconnaissance complète

de la signification de l'état de nécessité est de date toute fraîche, que dans quelques pays même la doctrine s'attarde encore aux vieux points de vue. Puis, grâce à la rareté des occasions d'appliquer la loi — les cas de nécessité sont peu fréquents et parfois l'innocence de l'agent est si éclatante qu'on ne songe pas à le poursuivre —, on n'a pas senti les inconvénients de ses lacunes.

Cette insuffisance provient aussi de ce que tous les législateurs sont restés sous l'influence de la théorie de contrainte morale ; on le reconnaît à ce que, s'ils n'en proclament pas le principe, ils distinguent deux groupes de cas de nécessité, à chacun desquels ils consacrent un article et qu'ils soumettent souvent à des règles différentes : les cas où le danger provient de menaces et ceux où il provient d'autres causes. C'est à ces derniers qu'ils réservent le nom de cas de « nécessité ». — Les menaces sont un moyen de provocation au crime ; leur auteur choisit naturellement celles qui lui paraissent propres à déterminer celui dont il a besoin pour l'exécution de ses plans. Qu'elles soient dédaignées, et il en proférera de plus graves, jusqu'à ce qu'il ait dompté la résistance qu'on lui oppose. S'il y réussit, il verra là une contrainte : n'a-t-il pas fait faire à autrui ce qu'il ne voulait pas faire, ce que, sans son action énergique, il n'aurait jamais fait ? Et le juge lui-même, considérant leur activité commune et refaisant l'histoire du crime, sera tenté de se placer au point de vue du provocateur, de ne voir dans le provoqué qu'un instrument et de déclarer qu'il a été contraint, et non pas simplement déterminé. La théorie de contrainte est précisément née de l'examen superficiel du cas de menaces, assimilé d'abord à l'ordre d'un supérieur, genèse intéressante à laquelle nous avons assisté au moyen âge. On comprend donc que, par routine, on continue à soumettre ce cas au point de vue de la contrainte, tout en l'abandonnant ailleurs ; distinction que rien ne justifie, car le motif d'impunité

n'est jamais que l'imminence d'un mal, dont la cause importe peu au nécessité. Nous y reviendrons.

II. Autre fait général digne de constatation : aucun code pénal n'accorde un droit au nécessité. C'est que les théories du droit de nécessité du XVIIe et du XVIIIe siècle sont restées ignorées et que celles de notre siècle sont, ou bien incomplètes, ou bien trop récentes pour avoir pu créer un courant d'opinions qui s'imposât aux législateurs. Mais, dans tous les pays, un certain nombre d'articles épars dans les lois spéciales reconnaissent, dans tel ou tel cas, des droits de nécessité ; c'est qu'il s'agit de cas relativement fréquents qu'on a senti le besoin de soumettre à des règles précises. Il sera fait un tableau succint de ces dispositions, qui sont significatives.

III. Disons enfin que les travaux de la science n'ont pas été vains : les lois les plus récentes sont les meilleures aussi, et meilleurs encore les projets qui ont vu le jour en Autriche et en Russie il y a quelques années et dont nous parlerons. Nous nous bornons du reste à l'étude critique des règles fondamentales inscrites dans les codes, celles qui déterminent les *cas* d'impunité ; quant aux *conditions* d'impunité, nous mentionnerons, en en faisant la théorie, les dispositions législatives dignes d'attention.

Commençons par le groupe des lois représentant le point de vue de la contrainte.

§ 1. FRANCE, AUTRICHE, ITALIE, BELGIQUE, PAYS-BAS, RUSSIE.

I. Ni les codes révolutionnaires, ni les anciennes ordonnances françaises ne font mention de l'état de nécessité. Les recueils de jurisprudence parlent bien d'homicide « nécessaire », mais c'est de légitime défense qu'il s'agit [1]. On sait que les juges ne

[1] Ainsi dans le passage de *Jousse* souvent cité (Just. crim., I, p. 636, renvoyant au tome II, p. 614-5) ; ainsi dans *Imbert*, Pratique judiciaire, l. III, ch. 17, p. 675. V. p. 43, note 2 et p. 91, 105, ci-dessus.

pouvaient absoudre aucun homicidiaire et que, le meurtre fût-il même approuvé par le droit civil, l'auteur « devait se retirer par devers le Souverain Prince pour en avoir grâce » (ordonnance de François Ier, 1539, art. 168) ; des lettres de rémission ont-elles jamais été accordées en considération de l'état de nécessité ? Nous l'ignorons. Quant aux autres délits, l'influence de la nécessité semble avoir été reconnue par la jurisprudence et la doctrine. Suivant la tradition inaugurée par Tiraqueau, on voit dans la crainte une circonstance atténuante ; mais jamais un motif d'impunité, car on n'admet pas la théorie de contrainte morale [1]. Le vol nécessaire est impuni : aux yeux de Muyart de Vouglans [2], la nécessité fait disparaître l'intention frauduleuse et présumer le consentement du propriétaire lésé, de sorte que l'acte est dépourvu de deux des éléments essentiels au crime de vol ; Jousse emprunte à Tiraqueau l'argument canonique de communauté des biens (op. cit. IV, 256) ; Rousseau de la Combe (op. cit. p. 81) reproduit Damhouder. En cas d'attaque injuste, l'homicide d'un tiers innocent est regardé comme un acte de légitime défense ; Jousse rapporte, d'après Papon, un arrêt du Parlement de Bordeaux, d'où semble résulter que la jurisprudence était sur ce point d'accord avec la doctrine (v. p. 40, n. 2, et p. 109, ci-dessus). Enfin, on applique les dispositions du droit romain sur quelques cas spéciaux, notamment sur l'incendie. « C'est le commun dire », écrit Bouchel [3] :

Ta cause y va quand tu vois la muraille
De ton voisin brusler ainsi que paille.
Le feu ardent malaisément se domte,
Si d'y pourvoir à temps on ne tient conte.

[1] Les criminalistes sont muets ; les publicistes la combattent : ainsi *Barbeyrac*, notes sur Pufendorf, I, 5 § 9 ; *Burlamaqui*, qui adopte la théorie de Grotius (Principes du dr. nat., 1747, p. 288, passage que Chauveau et Hélie, et Sarrau de Boynet attribuent à Barbeyrac !), etc.

[2] Institutes au droit criminel, 1757, p. 552-3, 555, 591.

[3] *Gautier*, Etude sur le crime d'incendie, 1884, p. 178-9.

On voit que l'ancien droit français n'est ici que le miroir fidèle des idées en cours au moyen âge.

II. Arrivons au **code pénal de 1810.** Son article 64 est ainsi conçu : « Il n'y a ni crime, ni délit — il faut ajouter : ni contravention — lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action ou lorsqu'il a été *contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.* » Ces mots ne font penser qu'à la contrainte physique, et nous ne croyons pas que le législateur ait songé à autre chose, opinion que confirme la lecture de l'Exposé des motifs, qui s'exprime en ces termes : « Une règle commune à tous les prévenus, soit du fait principal, soit de complicité, est qu'on ne peut déclarer coupable celui qui était en état de démence au temps de l'action, ou qui, *malgré la plus vive résistance, n'a pu se dispenser de céder à la force.* Tout crime ou délit se compose du fait et de l'intention ; or, dans les deux cas dont nous venons de parler, aucune intention ne peut avoir existé de la part des prévenus, puisque l'un ne jouissait pas de ses facultés morales et, qu'à l'égard de l'autre, *la contrainte seule a dirigé l'emploi de ses forces physiques* ». Les mots que nous soulignons, l'opposition des «facultés morales» aux «forces physiques», le fait que la doctrine ignorait la contrainte morale, tout porte à croire qu'il n'en est pas question ; mais la doctrine et la jurisprudence affirment le contraire et déclarent qu'aux yeux de la loi la crainte d'un mal imminent annihile la liberté de la volonté.

Nous avons vu que les partisans de la théorie de contrainte morale s'enferment dans d'insolubles contradictions. Ils doivent baser l'imputabilité pénale sur la liberté ; or, « la liberté morale — c'est l'un d'eux, Bertauld, qui nous le dit (Cours, p. 599) — résiste à toute tentative de compression. » Il n'est donc pas de contrainte morale irrésistible ; Chauveau et Hélie n'hésitent pas à le reconnaître en présence de la loi autrichienne qui, cependant, s'exprime dans des termes identiques à ceux du code français, au sujet duquel ils le nient ! Mais, en le niant, on s'expose

à ne jamais pouvoir constater la présence de la liberté, d'où l'impunité de tous les crimes — de ceux en première ligne auxquels entraîne une passion violente —, car si l'on examine l'origine d'un acte on lui trouve toujours, comme à l'acte nécessaire, un motif déterminant, et il n'y a de là qu'un pas à déclarer qu'étant donnés les circonstances et le caractère de l'agent, il devait nécessairement être déterminé. Le seul indice de l'irrésistibilité d'une impulsion, c'est le fait que l'agent n'a pas résisté et il en est ainsi dans tous les crimes [1]. Comment sortir de cette impasse ?

On en sort par des présomptions ; on admet qu'il y a contrainte dans tel et tel cas, qu'on détermine *a priori*. C'est comme si, la loi faisant de l'ivresse un motif d'impunité, les auteurs arrêtaient doctement le nombre de litres de vin que doit avoir absorbés le délinquant pour qu'il y ait ivresse complète ! L'absence de liberté est, comme l'ivresse, un fait qu'il s'agit simplement de constater.

On est unanime sur ce point, que les menaces peuvent opérer une contrainte. Mais il y a controverse quant aux autres cas de nécessité; les uns se refusent à leur appliquer l'article 64 [2]: les autres le veulent bien, mais seulement quand le danger provient d'une cause extérieure à l'agent — naufrage, inondation, etc. — : ils condamnent donc le vol commis dans la détresse de la faim (v. p. 162 ci-dessus). Peut-on cependant jamais plus vraisemblablement parler de contrainte ! D'autres enfin, et c'est aujourd'hui l'idée dominante, soutiennent qu'il peut y avoir contrainte toutes les fois qu'il y a imminence d'un mal [3] — il faudrait dire, pour être logique : toutes les fois que

[1] Cf. *Garofalo*, la Criminologie, Paris, 1888, p. VIII et 280 sv.

[2] Chauveau et Hélie, l. cit., Faustin Hélie, Pratiq. crim., 1877, p. 75 ; Blanche, 2e Etude, p. 309 ; et, en général, les anciens auteurs.

[3] Carnot, Commentaire, I, art. 64, XIV ; Bourgnon de Layre, Essai sur le code pénal, p. 79 ; Rauter, Traité, I, p. 146 sv. ; Trébutien, Cours, I, p. 138 ;

l'agent *croit* à l'imminence d'un mal —. Quant aux biens qui doivent être compromis, l'opinion a régné longtemps que ce ne pouvaient être que la vie ou l'intégrité corporelle ; on semble s'être mis aujourd'hui d'accord sur ce point qu'il n'y a pas lieu de faire aucune distinction entre les différents biens ; la Cour de cassation [1] a appliqué l'article 64 au fait d'avoir, sur la réquisition de troupes ennemies et dans la crainte d'un pillage, pratiqué des coupes de bois dans la forêt d'autrui. Quant aux conditions d'impunité, enfin, on en pose de toute nature : proportion entre le mal évité et le mal causé, bien-fondé de la crainte, imminence du mal, etc. C'est l'abandon complet de la théorie de contrainte ; qu'on lise, par exemple, Lainé : il commence par exposer cette théorie pour justifier par l'article 64 l'impunité de l'acte nécessaire (n. 193) ; puis il l'abandonne pour la théorie de faiblesse humaine (n. 194) et pose enfin une règle objective sans rapport aucun avec la question de la liberté : « il suffit que, dans chaque espèce, le juge compare le mal commis avec celui qu'il a eu pour but d'éviter » (n. 195).

Toutes ces règles sont donc incompatibles avec l'article 64.

III. Il n'y a qu'une interprétation raisonnable, celle de la doctrine et de la jurisprudence autrichiennes, en face d'un article de loi semblable; car, de la « constitutio criminalis Theresiana » de 1768 (v. p. 140 ci-dessus) au code de 1852, en vigueur, tous les *codes autrichiens,* sont restés fidèles au principe de contrainte morale [2]. Il faut admettre que l'agent a été la victime d'une impulsion irrésistible lorsqu'il s'est trouvé dans une

Lessellyer, Traité, n. 86 sv.; Lainé, Traité, p. 146-8; Ortolan, Eléments, p. 148 sv.; Garraud, Traité, p. 370 sv.

[1] 2 déc. 1871. Dalloz, 1871, 1. 366.

[2] Code joséphin de 1787, § 5e et II Th. § 2; 1796, § 8 f; 1803, § 2 e; 1852 § 2 g; code militaire de 1855, § 3 g. — Indication des auteurs dans Janka, p. 226; ajouter Glaser, l. cit. et Janka lui-même, österr. Strafr., 1884, p. 126.

situation telle que la majorité des hommes — autrement dit un homme ordinaire — n'auraient pas tenu tête au danger. Le juge est absolument libre dans son appréciation.

Et c'est là le seul moyen de tirer parti des autres lois posant le principe de contrainte : le *code belge* de 1867, art. 71, le *code hollandais* de 1881, art. 40, les *codes italiens* et un certain nombre de *lois suisses* (voir ci-dessous). La solution laisse beaucoup à désirer du reste ; nous avons établi à propos de la théorie de faiblesse humaine l'insuffisance du critérium de « l'homme moyen », abstraction à laquelle on ne peut donner vie. Son application est tout au plus indiquée dans les cas aigus, quand l'agent a obéi à la crainte de la mort ; mais partout ailleurs on en vient forcément à se demander si l'agent avait ou non le droit de se laisser entraîner au délit. Que reste-t-il alors du principe de contrainte morale ?

IV. La législation *russe*, elle, écarte toute difficulté d'interprétation : elle n'accorde qu'à la vie la faveur de la nécessité [1], ce que font aussi quelques codes suisses (voir ci-dessous). Restriction incompatible avec le principe de contrainte qu'ils proclament ; ici encore il n'est posé que pour la forme.

§ 2. ANGLETERRE, ÉTATS-UNIS [2].

I. L'Angleterre n'a pas de code pénal ; mais, depuis 1884, le jugement prononcé dans l'affaire de la « Mignonnette » tient

[1] Art. 92. 5° et 100 : « L'individu qui a été contraint à un acte délictueux par une force majeure irrésistible et qui y a cédé pour échapper à un danger menaçant directement ses jours et inéluctable autrement n'est passible d'aucune peine. » (*Lehr*, Nouv. législ. pén. de la Russie, 1871, p. 41.) L'art. 134 met au rang des circonstances atténuantes « l'extrême nécessité et le manque complet d'aliments et de moyens de travail. » Mêmes dispositions, *code de 1845*, §§ 96. 5°, 106 et 140. Le *Sswod Sakönof de 1842*, plus logique, se contentait de poser le principe de contrainte (art. 147).

[2] *Simonson*, « Mignonette » Fall ; *H. Stephen*, Homicide by necessity (Law Quarterly Review, 1885). Janka, 222-3.

lieu de loi en ce qui concerne l'homicide nécessaire. Nous avons raconté l'histoire de la Mignonnette (p. 7 sv.); le jugement de la cour du banc de la reine à laquelle le jury, dans son respect de la loi, remit l'examen de la question de droit, est la négation de tous les principes applicables en cette matière. Il parle morale et religion; c'est un langage auquel nous n'avons pas habitué nos lecteurs! Citons-le : « Quelle qu'ait été l'horreur de la position des accusés, et quoique leurs souffrances aient bien été de nature à les faire tomber dans la tentation, il n'en est pas moins établi qu'ils ont tué un faible jeune homme qui ne les attaquait pas, pour se nourrir de sa chair, certains par là de lui enlever toute chance de sauvetage. La prétention que cette action pourrait être autre chose qu'un assassinat nous parut à tous si nouvelle et si étrange, que nous interrompûmes l'attorney général dans sa démonstration négative pour écouter ce qu'on pouvait avancer à l'appui d'une opinion qui nous paraissait à la fois dangereuse, immorale et incompatible avec tous les principes et les analogies du droit. » C'est en général un devoir de conserver sa vie, mais souvent c'en peut être un de la sacrifier. « Sans mentionner les nombreux passages où les auteurs grecs et romains parlent avec enthousiasme du devoir de mourir pour les autres, il suffit, en pays chrétien, de rappeler le nom du Sauveur. » — Après cela, la condamnation à mort n'a rien que de naturel : on sait que la reine, usant de sa grâce, commua cette peine en celle de six mois de prison « without hard labour ».

Le jugement examine bien la question de droit, mais, comme l'écrivait l'année précédente J.-F. Stephen dans son « History of the criminal Law » (II, p. 108), « le droit anglais est si vague en ce qui concerne la nécessité, que le juge pourrait édifier tel principe qu'il lui plairait ». Il regarde comme « excusable » l'homicide « by necessity », mais il est difficile de décider si ce dernier mot désigne la légitime défense seule ou aussi l'état de né-

cessité. L'avocat Collins avait soutenu cette dernière opinion; Coleridge, président de la cour, est de la première. A défaut de précédents — on ne sait si le tribunal qui acquitta les marins de l'île St-Christophe (v. p. 11) était français ou anglais —, il se réfère aux jurisconsultes qui, comme ceux des Pandectes à Rome, font autorité en Angleterre. Ils avaient discuté le cas de la planche, mais c'est là un exemple fâcheux qui a donné lieu à beaucoup de confusions, car on peut le concevoir de trois manières : on peut supposer que le naufragé arrache la planche au premier occupant — Cicéron et Kant —, ou, au contraire, que s'en étant emparé le premier, il en repousse autrui — Pufendorf —, ou, enfin, qu'ils s'en soient emparés tous deux en même temps et que l'un chasse l'autre. Dans le premier cas seul, il y a simple état de nécessité : c'est ainsi que le conçoit lord *Fr. Bacon*, qui l'excuse (Elementa, nº 5). Mais ce semble être le seul juriste anglais de cet avis, car *Blackstone* [1] conçoit l'exemple de la troisième manière et excuse l'agent parce qu'il use de légitime défense; il parle d' « attaque mutuelle », attaque innocente sans doute, mais attaque cependant et, quoiqu'il se base sur « le grand principe universel de préservation de soi-même qui porte tout homme à sauver sa vie préférablement à celle des autres », il est douteux qu'il eût voulu l'impunité des marins de la Mignonnette. Tous les autres anciens jurisconsultes *Bracton, Hale, Foster*, *East*, *Dalton, Serjeant Hawkins,* ne voient dans l'« homicide by necessity » que le meurtre d'un agresseur injuste. Quant aux actuels, *J.-F. Stephen,* le plus connu, avait bien dans son « Digest of the criminal Law » (1877) — les « Digests » anglais exposent les principes du droit sous forme de loi — consacré à la nécessité un article qui semble s'appliquer aux marins de la Mignonnette : « Ch. III ; art. 32 : Une action qui serait en elle-même un crime peut être excusée, si l'accusé prouve qu'il ne l'a commise que

[1] Commentaire sur les lois anglaises, l. IV, ch. 14 ; trad. Chompré, V, 1823, p. 512.

pour échapper à des conséquences autrement inévitables qui auraient apporté un dommage irréparable à sa personne ou à la personne de ceux qu'il a le devoir de protéger et qu'il ne soit pas allé plus loin qu'il n'était raisonnablement indispensable pour atteindre son but, en outre que le dommage causé a été proportionné au dommage à éviter » ; mais Stephens lui-même déclara à propos de la Mignonnette qu'il n'avait pas entendu excuser un acte semblable. Et la commission législative chargée de la confection d'un code — il n'est pas terminé — n'a pas adopté de disposition correspondante.

Ainsi la « necessity » n'est que la légitime défense, et non l'état de nécessité. Le droit anglais voit du reste dans la contrainte résultant de menaces un motif d'impunité, s'il s'agit de crimes graves — de meurtre, de haute trahison en particulier — une circonstance atténuante seulement [1] ; il faut que le péril menace la vie ou l'intégrité corporelle. Ce que décident aussi les codes des *États-Unis* qui, plus larges, admettent l'impunité des crimes les plus graves : codes pénaux de *Géorgie,* 1 div. sect. 12, de la *Louisiane,* art. 40, et de *New-York,* 1881, § 25. En outre, aux Etats-Unis, un jugement a reconnu le droit de conservation propre aux dépens d'un innocent, comme nous le verrons à propos du cas *Holmes,* en parlant du devoir d'affronter un danger.

Le code pénal *indien* de 1862 dispose (sect. 81) que « l'action n'est pas punissable par le seul fait qu'elle a été commise dans la prévision qu'un dommage en résulterait, mais sans le dessein coupable de le causer et de bonne foi, dans l'intention de préserver d'un autre dommage des personnes ou des propriétés. » Il semble ne s'agir ici que d'actes non-intentionnels dans le genre de l'homicide qu'excusait l'art. 145 de la Caroline (v. p. 120 ci-dessus).

[1] *Stephen,* New Commentaries of the Law of England, IV, b. VI, ch. 2.

Le projet de code pénal *japonais* admet la « non-culpabilité » du vol nécessaire [1].

§ 3. ALLEMAGNE[2], HONGRIE; PROJETS AUTRICHIEN ET RUSSE.

Le code actuel de l'empire d'Allemagne est, dans ce siècle, le treizième des codes pénaux originaux allemands ! On sait combien ce zèle législatif a contribué aux progrès du droit criminel en Allemagne. Mais, dans la législation même, il n'y a pas eu progrès en ce qui concerne notre matière.

Deux codes, le code prussien de 1851 et le code bavarois de 1861, ont posé le principe de contrainte morale. L'*allgemeines preussisches Landrecht* de 1791, outre une disposition sur le vol par nécessité (II, 20, § 1115), pour l'auteur duquel il voulait que le juge demandât grâce, renfermait déjà quelques paragraphes sur les menaces (II, 20, §§ 19-21); mais il disait sagement, se plaçant à un point de vue pratique : « § 20. In wie fern der Bedrohte die Furcht zu überwinden und die Gefahr selbst abzuwenden vermögend gewesen sei, muss nach Lage der Umstände, besonders aber nach seiner Gemüths- oder Leibesbeschaffenheit beurtheilt werden », tandis que le *code de 1851*, déclarant, dans son § 40, qu'« il n'y a pas infraction lorsque la libre détermination de la volonté a été exclue par des violences ou des menaces », s'enfermait dans les contradictions de la théorie de la contrainte. Même point de vue dogmatique dans le *code bavarois de 1861*, art. 67.

Mais la plupart suivent une autre voie ; ils puisent à la source du *projet bavarois de 1822*. Tandis que le *code bavarois de 1813* ne mentionnait que le cas de menaces, soumis au point de vue de la contrainte, le projet de 1822 y ajoute une disposition sur

[1] « Projet révisé », 1886, p. 281. (Bull. Soc. législ. comp. 1886-7, p. 239).

[2] Pour les détails, v. Janka, 223-43 ; Stammler, 53-73 ; Berner, de Impun. 16-8; Wächter, op. cit. 384-91, 358, 365; Hälschner, deutsches Strafr. I, §§ 196-7 ; Binding, Handb., 768-75.

l'« état de nécesssité » ; mais il exige alors que la vie soit en péril, et non pas seulement, comme dans le cas de menaces, la vie ou la santé. Le code même de Bavière de 1861 n'adopte pas ces dispositions, mais, sauf celui de la Prusse, tous les autres les imitent. Le tableau qu'ils nous offrent est peu réjouissant. Ils fourmillent de contradictions, soumettant à des règles différentes les deux groupes de cas ; ils se contentent, dans ceux de menaces, d'un danger pour la vie ou l'intégrité corporelle (*Würtemberg, Brunswick, Hanovre, Hesse—Nassau, Francfort—, Hambourg*), ou même de l'imminence d'un « mal grave » (*Bade*) et exigent ailleurs un péril de mort ; seuls les codes successifs de la *Saxe* (1838, 1855, 1868 ; de même *Thuringe* et *Altenbourg*) évitent cette inconséquence. Ceux de Bade et Hanovre admettent que les menaces suppriment l'imputabilité. Dans le détail, d'ailleurs, une diversité qui fait l'effet d'un chaos, parce que rien ne semble la justifier, mais qu'on comprend en remontant aux délibérations législatives d'où sont sorties ces dispositions : la question y est soigneusement étudiée, mais les principes sont absents, ou bien l'on prend pour guide l'idée de la faiblesse humaine — teintée parfois de contrainte morale —, et nous avons montré l'insuffisance du critérium qu'elle fournit [1].

II. Le *code pénal de l'empire allemand* de 1870, en vigueur, ne rompt pas avec la tradition ; il dispose :

« § 52. Il n'y a pas acte punissable lorsque l'agent a été contraint par une force irrésistible ou par une menace accompagnée d'un danger pour son intégrité corporelle [2] ou sa vie, ou celles d'un de ses proches, et qu'il ne pouvait détourner autrement. » Suit l'énumération des proches.

[1] Étonnante est surtout l'histoire du § 40 du code prussien : v. *Goltdammer*, Materialien I, p. 370-5.

[2] « Leib », littéralement « corps » : les auteurs français traduisent faussement « personne », mot qui comprend la liberté et l'honneur, que ne comprend pas « Leib », d'après la plupart des auteurs allemands.

« § 54. Il n'y a pas acte punissable, même hors le cas de légitime défense — dont traite le § 53 —, lorsque l'agent l'a commis dans un état de nécessité survenu sans qu'il y eût de sa faute, et auquel il ne pouvait autrement se soustraire, pour sauver d'un péril actuel son intégrité corporelle ou sa vie, ou celles d'un de ses proches. »

Il ressort des motifs que, dans le § 52, le législateur a admis la contrainte morale : « Une volonté étrangère — disent-ils (II, p. 72) — a été imposée à l'agent au lieu de sa propre volonté libre et, par suite, il ne peut être considéré que comme l'outil irresponsable de la volonté d'autrui. » Le fait est cependant controversé. Mais cette question présente peu d'importance en regard d'une autre question, plus discutée encore par la doctrine et la jurisprudence, celle de savoir dans quels cas le code veut l'impunité. Bien qu'il dise « il n'y a pas acte punissable », on ne peut songer à laisser impuni un acte quelconque commis pour le salut de l'intégrité corporelle, qu'il met, comme la vie, au bénéfice de l'état de nécessité ; elle est lésée par une égratignure, par un coup de bâton et l'acte peut être un meurtre. On peut donc : ou bien introduire dans la loi la notion de relativité et exiger pour l'impunité une proportion entre le mal évité par l'agent et le mal qu'il cause, et alors il serait ridicule de ne pas appliquer les deux articles aux cas de danger pour d'autres biens que l'intégrité corporelle, leur lésion pouvant être infiniment plus grave que certaines atteintes à cette dernière ; ou bien n'entendre par « danger pour l'intégrité corporelle » qu'un grand péril, qui compromette plus ou moins directement la vie, et alors on peut admettre l'impunité de tous les crimes. Bien qu'un passage des motifs (III, § 52) parle de l'état de nécessité comme d'un conflit de droits et ajoute que le plus petit doit céder le pas au plus grand, la première opinion semble seule conforme à l'intention du législateur : le fait qu'il ne parle que des deux biens les plus précieux de l'homme, qu'il reconnaît la contrainte

morale, l'histoire des deux articles, semblables à ceux des lois allemandes antérieures, tout indique qu'il n'a pas rompu avec les anciennes idées d'une incapacité de l'homme menacé d'un grand péril à remplir son devoir — point de vue de la contrainte ou de la faiblesse humaine —. Se baser sur les motifs obligerait d'ailleurs à punir l'homicide nécessaire, qui lèse un droit égal au droit sauvegardé, et personne n'y songe — sauf cependant Oppenhoff et Simonson —. La seconde opinion n'en compte pas moins des partisans (Berner, Schaper, Oppenhoff, Binding, von Buri, Rotering, Berl. Ob. Trib. 6 avr. 1876), qui n'ont guère d'autre argument que les nécessités de la pratique ; mais, si ridicule soit-il de punir certains actes nécessaires commis pour le salut d'autres biens que la vie ou l'intégrité corporelle, les interprètes n'ont pas à corriger la loi[1]. Des articles surtout qui consacrent une exception ne souffrent pas une interprétation extensive.

Quoi qu'il en soit, ces discussions nous montrent qu'à moins de ne mettre que la vie au bénéfice de l'état de nécessité, la loi ne peut raisonnablement qu'y mettre tous les biens, parce qu'il n'en est aucun dont la lésion ne soit parfois plus grave que ne l'est parfois celle de l'intégrité corporelle, le plus précieux des biens après la vie. Il faut donc blâmer le système suivi par les codes de l'Allemagne ; il ne peut y avoir ici de demi-mesure.

III. Le *code hongrois* de 1878 (art. 77-8), non seulement commet les erreurs du code allemand actuel, mais encore réintroduit celle des codes antérieurs touchant le cas de menaces, dans lequel seul il parle de danger pour la vie ou l'intégrité corporelle. Le *projet autrichien de 1881,* par contre, rompt enfin avec cette tradition fâcheuse ; quoique leur consacrant deux articles (§§ 58 et 59), il soumet tous les cas à la même règle : l'impunité n'est

[1] Binding (l. c.), en particulier, ne fait que substituer ses idées à celles du législateur. Cf. Merkel, Zeitschr. f. die ges. Strafrechtswiss. VI, p. 503-4.

accordée que lorsque « le dommage à l'intégrité corporelle (Leib), à la liberté ou à la fortune détourné par l'acte de la personne de l'agent ou de celle d'autrui est *hors de proportion* avec celui qu'il cause. » Cette dernière exigence doit être désapprouvée — le seul auteur qui en soit partisan aujourd'hui est Hälschner — ; il en résulte que l'homicide nécessaire est puni lorsqu'une vie est sacrifiée à une seule autre vie, ainsi dans le cas de la planche, — mais non point dans celui de la Mignonnette. Il est vrai qu'en pratique il est rare que le mal causé par l'acte soit égal au mal évité ; dans la plupart des cas cités dans notre introduction, le juge découvrirait, sans trop de complaisance, la disproportion exigée. Le critérium du mal causé par l'acte (Beschädigung) est du reste, comme nous le montrerons, le seul convenable. Ajoutons que ces dispositions ne mentionnent pas l'honneur et sont inapplicables à bien des cas d'intervention.

IV. Plus satisfaisant encore est le *projet russe de 1882*, œuvre du professeur Taganzeff (traduction allemande de Gretener). Adoptant la théorie de Janka, il distingue deux groupes de cas de nécessité : quand le péril menace la vie — Janka, trop large, disait « l'intégrité essentielle de la personne » (v. p. 192 ci-dessus) —, les crimes les plus graves sont impunis ; dans les autres cas, — quand il menace « la santé, la liberté, la pudeur (Geschlechtsehre), la fortune ou d'autres biens de la personne », — le « dommage causé » doit être, aux yeux de l'agent, « insignifiant en regard du bien sauvé. » Nous retrouvons ici l'exigence de la disproportion du projet autrichien ; blâmable en théorie, elle est supportable en pratique. Mais la forme sous laquelle elle est exprimée ici lui donne en tous cas, à notre avis, une importance exagérée.

§ 4. SUISSE

I. Il faut signaler, comme se distinguant complètement des autres, la législation de *Saint-Gall*. Le code pénal de 1819 s'exprimait en ces termes :

« 2. Bei Begehung einer Verletzung die ein Verbrechen ausmacht muss Vorsatz und freye Wahl obgewaltet haben... 5. Freye Wahl ist vorhanden wenn dem Thäter weder die gehörige Ueberlegungskraft mangelte, noch ihn solche Antriebe zur That nöthigten, welche die *Drohung des Gesetzes nothwendig unwirksam* machten. 6. Aus Ermangelung eines oder beider Erfordernisse können somit nicht als Verbrechen zugerechnet werden... VI. 12. Verletzungen zu welchen der Thäter durch die Noth, oder solche Gefahr oder Drohungen verleitet und getrieben worden, dass in diesen Fällen aus der Unterlassung der Handlung für den Thäter ein unvermeidliches *Uebel* entsprungen wäre, das *grösser oder doch so gross* ist, *als die gesetzliche Strafe* der Handlung. »

Est impuni, comme non-libre, parce que la menace de la peine est inefficace, l'acte auquel entraîne la crainte d'un mal aussi grand que cette peine. C'est la théorie de Feuerbach telle qu'il la formula dans les premières éditions de son traité. Ce code a été seul à l'adopter ; il valait la peine de le citer tout au long.

Le code saint-gallois de 1857 abandonne cette théorie surannée et dispose dans son article 33 : « Wegen Zwanges oder wegen Noth ist eine an sich unerlaubte Handlung nur da vollkommen entschuldbar, wenn dem Thäter entweder *keine Freiheit der Wahl* gelassen, oder wenn derselbe von einem *mindestens so schweren Uebel bedroht* war als dasjenige wozu er sich gegen andere bestimmen liess. In andern Fällen sind Zwang oder Nothstand je nach ihrem Grade als Milderungsgrund zu berücksichtigen. » Il voit donc : un motif d'impunité dans la contrainte physique (keine Wahl), ainsi que dans l'état de nécessité lorsque l'agent a été menacé d'un mal aussi grand que celui qu'il a fait à autrui, une circonstance atténuante dans la contrainte morale ou la menace d'un mal moindre que le mal fait à autrui (2d alinéa). Le code de 1885, art. 25, a supprimé ce

second alinéa et remplacé «entschuldbar» par « straffrei». Cette disposition reste excellente — sauf qu'elle ne dit rien des cas d'intervention — : nous croyons juste le critérium de proportion entre le mal évité et le mal causé et les codes saint-gallois et espagnol sont encore les seuls qui l'aient adopté.

A signaler aussi le code *schwytzois* de 1881, qui, dans son § 37, excuse l'acte commis pour le salut de la vie, de la santé ou de la liberté, ce qui est un progrès sur la loi allemande.

II. Les autres codes suisses ne présentent rien de saillant.

Les uns se sont ralliés au principe de contrainte morale. Dans ce nombre il en est qui, influencés par les lois allemandes, exigent que la vie soit compromise ; ce sont ceux d'*Argovie*, 1857, § 45, de *Glaris*, 1867, § 29, et 1887, § 28 b, des *Grisons*, 1851, § 45. 3°, de *Schaffouse*, 1859, § 38, et d'*Unterwald ob dem Wald*, 1862, art. 34, ces trois derniers ne mentionnant même que le cas de menaces. Mais la plupart posent le principe sans le mutiler ; plus nets que le code français, ils parlent souvent de contrainte ou de menaces « privant l'agent de son libre arbitre »: code pénal *fédéral* de 1853, art. 27, et de *justice pénale pour les troupes fédérales* de 1851, art. 29 ; codes pénaux de *Vaud*, 1867, art. 51. 4° (semblable à celui de 1843), de *Neuchâtel*, 1856, art. 39, du *Valais*, 1858, art. 85, de *Lucerne*, 1860, §§ 48 et 55, de *Berne*, 1866, art. 43, de *Fribourg*, 1873, art. 56, du *Tessin*, 1873, art. 46 (forza morale o fisica), enfin de *Genève*, 1874, art. 52. Plusieurs, s'inspirant de l'art. 100 du code sarde de 1839, font de la contrainte qui n'a pas atteint le degré d'irrésistibilité un motif d'atténuation dont le juge évalue librement l'importance [1].

Les autres codes copient les codes allemands, en évitant leurs inconséquences concernant les menaces : ceux de *Thur-*

[1] Fédér. 1853, art. 32 b, 1851, art. 33. 2° ; Vaud, art. 58 ; Valais, art. 86 ; Fribourg, art. 56 ; Berne, art. 43.

govie, 1841, § 24, de *Zoug*, 1876, § 28, et de *Soleure*, 1885, §§ 38 et 40 ne font de la nécessité une excuse que lorsque le danger menace la vie (Leib und Leben); les autres, *Zürich*, 1870, §§ 42 et 43, *Bâle* (ville et campagne), 1872 et 1873, § 34, se contentent d'une menace à l'intégrité corporelle. Le *projet neuchâtelois* de 1889, dans son article 74, reproduit avec de légères modifications le § 54 du code allemand; il traduit « Notstand » par « état de détresse » et parle d'un « péril imminent pour la personne ou la vie ».

III. La plupart des codes de la Suisse allemande mentionnent du reste expressément comme circonstances atténuantes la nécessité, la pauvreté accablante et les menaces [1]; le code de *Schwytz* de 1869, § 46 c, n'assignait même pas d'autre rôle à l'état de nécessité, et c'est encore le cas de celui d'*Appenzell* (Rhodes extérieures), 1878, § 47 b et c. Les codes *fribourgeois* de 1849 et de 1873 ont reproduit, dans leur article 59, l'art. 166 de la Caroline sur le « vol de comestibles ».

§ 5. ESPAGNE

Voici comment s'exprime le code pénal de 1870 [2] :

« Art. 8. La responsabilité pénale n'existe pas : ... 7° Pour celui qui, en vue d'éviter un mal, exécute un fait qui porte tort à autrui, à condition qu'il y ait concours des circonstances suivantes : *a*) réalité du mal qu'on veut éviter ; *b*) qu'il soit plus grave que celui qu'on cause pour l'éviter ; *c*) qu'il n'y ait pas

[1] Noth, drückende Armuth, Drohung : Grisons, § 50, Argovie, § 41 h, Unterwald ob. d. W. art. 28, Glaris, § 39 b, Zürich, § 60 b, Zoug, § 37, Appenzell, § 47, Schwytz, § 48, Soleure, § 51. 3°. De même, code autrich. 1852, §§ 46 c et 264. Cf. *Häberlin*, Grundsätze des Cr.-R. nach den SGB, I, § 24, 3°.

[2] Cité par *P. Sarraute*, Théorie des excuses d'après le C. P. italien, le C. P. espagnol et le projet de code italien. (Bull. de la Soc. de législ. comp., XIII, 1883-4, p. 259-60). Sarraute n'accompagne la citation d'aucun commentaire.

d'autre moyen possible et moins préjudiciable pour l'empêcher... 9° Pour celui qui agit sous l'empire d'une force irrésistible. 10° Pour celui qui agit poussé par la crainte d'un mal égal ou supérieur. 11° Pour celui qui agit dans l'accomplissement d'un devoir ou dans l'exercice légitime d'un droit, d'un métier ou emploi. 12° Pour celui qui agit en vertu de l'obéissance due. 13° Pour celui qui manque d'accomplir son devoir, en ayant été empêché par une cause légitime. »

Nous ignorons la doctrine espagnole. Ces dispositions semblent inspirées par Bentham ; les alinéas 7 et 10, les plus importants, sont l'exacte reproduction de ses idées, presque dans les mêmes termes (op. cit. p. 49, 140). Dans le premier, la nécessité apparaît comme un fait justificatif (les alinéas 4 à 6 traitent de la légitime défense) ; dans le second, comme une contrainte morale ou, plus probablement, une excuse. L'alinéa 9 ne peut concerner que la contrainte physique. L'alinéa 11 a l'air de viser non seulement les cas où l'acte était le contenu même du devoir à accomplir, du droit à exercer — père corrigeant son enfant —, mais aussi ceux où il était la condition de l'exercice du droit ou de l'accomplissement du devoir, c'est-à-dire des cas de nécessité (v. p. 28 ci-dessus) ; la comparaison avec l'alinéa 12 confirme cette opinion. Le dernier enfin, qui peut s'appliquer aux conflits de devoirs, vise les délits d'omission ; c'est la généralisation de l'art. 475. 12° du C. P. de 1810, cité au paragraphe suivant.

On voit qu'à part les cas d'intervention autres que ceux de conflits de devoirs, le code espagnol excuse les actes nécessaires de toutes catégories. C'est aujourd'hui la plus satisfaisante des législations en ce qui concerne l'état de nécessité.

§ 6. DISPOSITIONS SPÉCIALES DES DIVERSES LÉGISLATIONS

Dans tous les pays, un certain nombre de dispositions spéciales des lois pénales ou d'autres lois autorisent ou, tout au moins, laissent impunis, en considération de l'état de nécessité,

des actes en eux-mêmes délictueux. Il est intéressant de les rapprocher et d'en dresser le tableau :

1° *Droit de passage sur un terrain particulier quand la route est impraticable :* loi française du 28 sept.-6 oct. 1791, tit. II, art. 41 : « Tout voyageur qui déclôra un champ pour se faire un passage dans sa route, paiera le dommage fait au propriétaire et une amende..., à moins que le juge de paix du canton ne décide que le chemin public était impraticable ; et alors les dommages et les frais de clôture seront à la charge de la communauté. » (Cf. Cass. 27 juin 1845 et 25 avril 1846, 16 sept. 1853). Dispositions analogues dans les droits romain, germanique et juif (v. p. 85), le code pénal du Valais, art. 342 (au profit de ceux-là seuls qui n'ont pas contribué à la dégradation de la route), la loi d'Unterwald nid dem Wald (1867, I, p. 588) et la loi allemande sur la poste, 1871, § 17, au profit de celle-ci.

2° *Jet à la mer :* toutes les lois modernes ont imité la loi rhodienne (v. p. 65). Les biens protégés par le jet seront, en cas de tempête la vie, de poursuite de pirates la liberté et la propriété, dans d'autres, le navire seul ou les marchandises seules ; les biens sacrifiés, de simples choses — le jet d'hommes, parfois nécessaire (ainsi dans le cas Holmes), n'est pas autorisé —. Généralement, il y a danger commun. Un cas analogue est celui de *chargement sur des allèges,* pour permettre au navire de gagner plus promptement un port. Le droit du capitaine de porter la main sur le bien d'autrui, même contre son gré, ne peut dériver que de l'état de nécessité.

3° *Avortement pour le salut de la mère :* « le médecin qui provoque l'avortement dans le but de sauver la vie de la femme ne commet aucun délit, » dit l'art. 312 du projet neuchâtelois, à la suite des codes pénaux de Vaud, art. 228, de Fribourg, art. 138, du Tessin, art. 326 § 2, et de Genève, art. 272 (« pour éviter un mal plus grand »). L'article est applicable au cas d'embryotomie (v. p. 28 et 53).

4° Le *faux-témoignage* est impuni, même s'il en est résulté une condamnation, lorsque « la vérité aurait été de nature à compromettre la vie ou l'honneur du témoin ou à lui attirer une condamnation pénale », ou à compromettre de même ses parents ou alliés, d'après les codes du Valais, art. 191, de Vaud, art. 169, de Fribourg, art. 191 et du Tessin, art. 187. Les codes allemand, § 157, bâlois, § 40, et soleurois, § 192, le projet neuchâtelois, art. 165, ne font qu'atténuer la peine. L'honneur est le bien auquel les législateurs ont le plus rarement accordé la faveur de la nécessité. — Cf. lois de Manou, p. 52 ci-dessus.

5° Le *refus de secours* est autorisé par toutes les lois pénales en cas de danger personnel [1] ; citons le code bernois, art. 256. 9°, qui punit « ceux qui, le pouvant *sans s'exposer eux-mêmes à un danger réel,* auront refusé ou négligé de faire les travaux, le service, ou de prêter le secours dont ils auront été requis dans les circonstances d'accidents, naufrage, inondation, incendie ou autres calamités, ainsi que dans les cas de brigandage, de pillage, de flagrant délit, de clameur publique ou d'exécution judiciaire. » L'importance du danger personnel exigible variera infiniment suivant les cas. Il est dans la nature des choses que la loi n'exige pas d'un individu qu'il rende service à autrui en se sacrifiant lui-même ; cette idée est constamment appliquée dans la vie publique, en cas de dispenses de devoirs civiques.

6° Le règlement genevois sur la chasse, de 1887, qui interdit le tir à moins de 300 mètres d'habitations, autorise le propriétaire « à détruire avec des *armes à feu* ou autrement les animaux nuisibles, quel que soit le lieu de son fonds où ils se trouvent » (art. 8 ; cf. 7, 19), fait punissable en France — v. p. 39, note 1 —. Le code de police bâlois, 1872, § 146.

[1] Franc. 475. 12° ; all. 360. 10° (et Strandungsordnung, § 9. 1°), remontant au Landrecht pruss. II, §§ 782-3 ; belge, 556. 5° ; néerl. 446 ; sarde, 1839, 732. 7° ; trib. 461. 2°. Cf. sur des cas analogues : Unterwald ob d. W., Polizeig. 1870, art. 136 ; Valais, 128 ; projet neuchât. 169.

permet aux bûcherons de *faire du feu* dans les forêts en hiver ou par un temps froid et humide, malgré le danger d'incendie qui en résulte (cf. lex. Wisig. p. 84 ci-dessus).

7° Dans la *navigation*, le péril couru par un vaisseau autorise fréquemment à une dérogation aux règles, en faisant même courir un danger à d'autres. Ordonnances allemandes du 7 janvier 1880, art. 23, 21, et du 15 août 1876, §§ 1, 2; règlements suisses, pour le flottage sur le Rhin du 18 sept. 1880, art. 11. 7°, et d'exécution de la loi sur les péages du 18 oct. 1881, art. 3, etc.

8° La « nécessité » autorise: au *tapage nocturne*, d'après le code de police d'Unterwald ob d. W., 1870, art. 117; au *meurtre d'animaux domestiques* — se sont surtout des cas de légitime défense —, d'après les codes français, art. 453-4, belge, art. 540, etc.; à la *violation du repos dominical*, d'après le code bernois, art. 256 (cf. p. 96 et 102 suiv.). Le règlement de transport pour les *postes* suisses de 1884 admet la *suppression du service* lorsqu'il est rendu « dangereux » par le mauvais état des routes (art. 17. 12°); la *mise à sec d'un cours d'eau* est permise lorsqu'elle est « nécessaire », même sans avis préalable aux propriétaires et concessionnaires du droit de pêche (loi fédérale sur la pêche, 1875, art. 5; convention entre la Suisse et l'Italie, 1882, art. VII) [1].

Enfin, l'état de nécessité atténue la peine :

1° D'après tous les codes, dans un cas qui peut sembler au premier abord un véritable cas de nécessité, celui où un individu remet en circulation, après en avoir vérifié les vices, des *pièces de monnaie* qu'il avait *reçues pour bonnes :* code français, art. 135 (amende jusqu'au sextuple de la valeur des pièces, au lieu des travaux forcés), belge, 170, 178, genev. 118, vaud. 163, allem. 148, hollandais, 213. Le dommage que

[1] Autres cas encore : code militaire allemand, § 130: internat. Fischerei-Vertrag, 6. Mai 1882, Art. 20-1. D'après Binding, § 300 SGB et § 52 SPO (?).

cause l'agent est hors de proportion avec celui qu'il évite, la mise en circulation de pièces fausses ne portant pas seulement atteinte à la fortune du particulier qui les reçoit le premier, mais compromettant en outre la sécurité des relations commerciales ; aussi l'impunité ne serait-elle pas admissible. Le principe de faiblesse humaine obligerait au contraire à l'admettre ; la tentation de commettre un délit est rarement plus forte.

2° D'après le code allemand, § 313. 2°, dans l'*inondation*, lorsque celui qui la cause a eu l'intention de protéger sa propriété.

Dans certains pays en outre, notamment dans la plus grande partie de l'Allemagne, le *droit romain* est encore en vigueur ; il ne peut être question de punir les actes nécessaires qu'il justifie, l'application de la loi pénale supposant l'injustice de l'acte — von Liszt cependant est d'un autre avis —.

Cette énumération — certainement très incomplète — est significative : il n'est pas de bien dont la sauvegarde ne soit parfois, en droit positif, un motif d'impunité, même l'honneur, même la propriété, et on peut se demander s'il ne serait pas plus simple de poser une règle applicable à tous les cas analogues : car si l'exception de la nécessité a été admise ici, et point d'ailleurs, ce n'est pas que le législateur, ayant présents à l'esprit tous les cas de nécessité possibles, en ait fait un triage ; la comparaison de ces dispositions montre que c'est simplement qu'ici il a songé à l'éventualité d'états de nécessité, tandis qu'il n'y a point songé ailleurs. L'impunité des actes qu'elles excusent — justifient même parfois — n'a pas plus de raison d'être que celle des actes énumérés dans notre introduction.

Troisième Partie

THÉORIE DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

§ 1. LA QUESTION

Une question bien posée est presque résolue ; mais on n'a guère bien posé celle de l'état de nécessité.

I. Le plus souvent, on s'est demandé s'il fallait punir le *délit* nécessaire ; et l'on a allégué divers motifs d'impunité, aucun de décisif à notre avis. C'est le point de vue élémentaire, résultat naturel de la constatation du fait que la nécessité entraîne à violer la loi.

D'autres ont fait un pas en avant ; ils ont abandonné le point de vue du juge considérant le fait accompli, pour celui du législateur traçant aux hommes une règle de conduite. *Quels sacrifices,* se sont-ils demandés, *la loi peut-elle humainement exiger pour son observation* — a-t-elle le droit d'exiger, ont dit quelques-uns — ? Ils partent plus ou moins consciemment de cette idée juste, que l'incrimination d'un acte en suppose la prohibition ; on ne punit pas un acte permis. Or, prohiber l'acte nécessaire, c'est vouloir qu'on s'en abstienne, et cette volonté serait parfois déraisonnable : le législateur ne peut préférer la mort d'un homme à la commission d'une infraction légère.

C'est à ce second point de vue qu'incline le doctrine française actuelle.

II. Mais, comme le premier, il implique une pétition de principe : il suppose l'injustice de l'acte nécessaire. On ne la met pas en doute, assertion devant laquelle nous nous inclinerions s'il s'agissait du droit positif, mais discutable au point de vue philosophique auquel on se place. On daigne quelquefois raisonner : infliger un mal à autrui est injuste, dit-on, et c'est ce que fait le nécessité ; la situation critique de l'un ne peut porter atteinte aux droits de l'autre. « Es giebt kein Recht in der Not Unrecht zu thun, » ont dit les Allemands avec la netteté de leur langage juridique. Et la légitime défense ? Il est vrai qu'à l'ordinaire celui dont la loi exige un sacrifice s'y soumet de bon gré ou que l'exécution forcée l'y contraint — ainsi dans l'obligation alimentaire, où la détresse de l'un oblige l'autre —. tandis qu'en cas de nécessité, l'urgence de la situation, l'imprévu des circonstances obligent à léser autrui en violant la règle qui interdit de se faire justice à soi-même, violation que les lois autorisent en cas de nécessité, comme en témoigne la légitime défense. Nous faisons donc abstraction du fait de justice propre, lorsque nous nous demandons si l'acte nécessaire n'est pas un acte intrinsèquement juste.

C'est la solution de cette question qui s'impose à nous en première ligne. Un fait historique curieux, dont on chercherait en vain un autre exemple dans l'histoire du droit pénal, nous pousse à une réponse affirmative : la quasi-unanimité des écrivains et des législateurs de toutes les époques à prononcer l'impunité d'actes tombant pourtant sous le coup de lois pénales et l'infinie variété des arguments par lesquels on a motivé cette impunité. Il semble qu'une voix secrète leur a crié à tous : ces actes ne méritent pas de peine ; puis que leur esprit raisonnant s'est ingénié à en découvrir la raison, mais en vain, trompé qu'il était par l'apparence délictueuse de ces actes.

III. Nous avons montré dans notre introduction que le trait caractéristique de l'acte nécessaire, c'est qu'il sauvegarde un bien au prix d'un acte en lui-même délictueux. Puis, critiquant les théories de nos devanciers, nous avons établi que l'état de nécessité était un conflit de biens — jamais un conflit de droits. C'est que tout acte délictueux lèse un bien, ou, tout au moins, le compromet. L'homicide, par exemple, lèse la vie; le délaissement d'enfants, d'après la conception moderne le duel, l'empoisonnement [1], etc. la compromettent. De même en ce qui concerne la propriété, le vol, d'un côté, le jeu de hasard, de l'autre. Certains crimes empruntent une gravité spéciale au fait même qu'ils consistent moins dans une lésion que dans une compromission dont l'étendue est indépendante de la volonté de l'agent; ainsi lorsqu'il prend comme instrument des forces naturelles qu'il déchaîne (incendie, inondation), ou auxquelles il donne une direction malfaisante (entraves à la circulation de chemins de fer). La contravention de police a ceci de particulier que l'acte qui la constitue est interdit, par mesure de précaution, à cause de son caractère généralement dangereux, qu'il en résulte ou non, dans l'espèce, un danger : le cocher qui fait prendre à son cheval l'allure du trot dans une rue où elle est interdite est passible de l'amende, la rue fût-elle à ce moment déserte; le législateur n'a pas cru pouvoir confier aux individus l'appréciation du caractère dangereux de l'acte. —

[1] Comme crime spécial; C. P. 1810, art. 301. — Au criminaliste allemand Binding revient l'honneur d'avoir mis en lumière le caractère simplement « compromettant » de certains délits (Gefährdungsdelikte). Von Rohland leur a consacré un écrit spécial : die Gefahr im Strafrecht, 2e éd., Dorpat, 1888. — Haus (op. cit., n. 274) distingue les deux catégories d'infractions, sans tirer parti de cette distinction. Quant au mot de « compromission », il est encore inusité, mais nous semble le meilleur pour désigner le fait de faire courir un risque; cf. la section VI, titre II, livre III du code pénal de 1810 : « crimes et délits tendant... à compromettre l'existence d'un enfant » (à propos du délaissement).

Ces biens, que la loi cherche à préserver de tout dommage à cause de leur importance sociale, appartiennent à des individus ou sont le bien commun de tous ; dans les premiers, la vie, l'intégrité corporelle, la liberté d'action ou de décision, la propriété ; dans les seconds, la pudeur publique, la facilité des communications, la sécurité dans les rapports d'affaires (fausse-monnaie), etc. Ce n'est jamais qu'à cause de son caractère dommageable, ou éventuellement dommageable, qu'un acte est frappé d'une peine.

IV. Ainsi l'acte nécessaire sauve, en portant atteinte à un bien, un autre bien qui ne peut être autrement sauvé. Cette constatation nous permet de préciser notre première définition de l'état de nécessité (v. p. 30) : c'est un *état de choses tel que la lésion ou la compromission d'un bien est nécessaire au salut d'un autre bien*. Ces deux biens, ou intérêts, en présence peuvent être d'espèce différente : vie et propriété, liberté et honneur ; ou de même espèce, et alors d'égale quantité (vie et vie) ou de quantité différente (deux vies contre une ; une maison et un écu). Leurs propriétaires peuvent être très variés, nous l'avons vu : individus ou groupes d'individus, la société elle-même ; celui du bien sauvé, celui du bien lésé et l'auteur de l'acte nécessaire peuvent être aussi bien trois personnes distinctes qu'une seule et même personne, s'il est vrai que l'auteur de l'acte est communément propriétaire du bien sauvegardé. Faisons observer enfin qu'il n'y a réellement conflit que lorsque deux biens sont entrés dans un rapport de dépendance, et que la lésion de l'un est absolument nécessaire à la conservation de l'autre ; la présence de cette nécessité est une question de fait que le juge seul peut résoudre. En cherchant les règles applicables au conflit, nous le supposons réel.

V. La question de l'état de nécessité se ramène donc à celle de l'**appréciation juridique d'un conflit de biens.** Quelle règle de conduite la loi doit-elle tracer aux individus témoins de ce

conflit ? Doit-elle exiger qu'ils restent inactifs et laissent les choses suivre leur cours — l'acte nécessaire serait alors injuste —? Ou peut-elle les autoriser à intervenir et à sauver un des biens en portant la main sur l'autre? Question délicate que nous allons essayer de résoudre.

§ 2. LES PRINCIPES

I. Le principe essentiel à la base de la solution, c'est cette règle élémentaire de toute conduite humaine, règle que la sagesse populaire a dès longtemps formulée en proverbe : *entre deux maux, il faut choisir le moindre,* et de deux maux égaux, accepter celui qui se présente ; — autrement dit, il faut sauver le plus grand de deux biens et si l'on en doit perdre un d'entre deux égaux il importe peu que ce soit l'un ou l'autre.

Le voyageur entre les mains de brigands qui lui demandent la bourse ou la vie n'hésitera pas à donner sa bourse ; mordu sur la route par un chien enragé, il se fera appliquer un fer rouge ; et il descendra chez l'aubergiste qu'il croit le moins exploiteur : la loi de la concurrence économique repose sur ce principe, on achète de celui qui fait payer le moins les mêmes choses. Que chacun songe aux motifs de ses propres actions.

Mais, dira-t-on, cette règle ne souffre d'application que dans la sphère individuelle. Il n'en résulte pas qu'on puisse infliger un mal à un innocent pour préserver d'un mal pire un autre que lui. — Erreur ! la règle est fréquemment appliquée par la loi aux relations entre individus différents, elle impose souvent un sacrifice à l'un dans l'intérêt de l'autre et ne peut, sans contredire à ses propres principes, refuser de l'appliquer aux cas de nécessité.

II. Et voici pourquoi : c'est que le droit prend sa source dans la volonté générale et que celle-ci met tous les individus sur le même pied.

Adam, solitaire dans le jardin d'Éden, était sans droits. Le droit ne s'occupe pas des relations de l'homme avec lui-même ; il ne règle que celles des hommes entre eux. S'il attache parfois des conséquences juridiques à des actes purement individuels, c'est qu'ils présentent alors une signification sociale : qu'on songe, par exemple, à l'interdiction du prodigue ; si le pessimisme agissant devenait de mode, peut-être frapperait-on le suicide d'une peine. De cette vérité universellement reconnue, découle cette autre trop oubliée : aucun droit n'émane de la volonté individuelle de son possesseur. Comment une volonté isolée, qui trouve en face d'elle d'autres volontés, pourrait-elle, sans leur consentement — obtenu de gré ou de force —, tracer une règle à leurs rapports ? Le droit ne naît que d'une volonté dont l'autorité est reconnue, celle du père de famille ou du chef de tribu à l'origine des sociétés, de nos jours la volonté collective des hommes réunis en une même agglomération. Cette volonté générale, sans doute, est le plus souvent conforme aux volontés individuelles : ce n'est que naturel, puisqu'elle en est composée et que la similitude de notre nature, la vie commune dans le même milieu, les longues années de dépendance de l'enfance et de la jeunesse, nous modèlent plus ou moins tous au même type, — et que chacun d'ailleurs se soumet de bon gré, quand il sent l'inutilité de la résistance. Le plus souvent aussi, c'est dans son propre intérêt qu'un droit est accordé à l'individu ; pas toujours cependant, car les droits ne sont parfois que la contre-partie de devoirs imposés dans l'intérêt d'autrui : ainsi ceux du père de famille et du souverain. Mais ce serait une étrange illusion — trop commune encore en pays français — que d'attribuer une réalité à un « droit naturel » que ne consacre pas la volonté sociale ; je puis juger la loi injuste à mon égard, sentir quelque chose en moi qui mérite considération et dont elle devrait m'assurer le respect, et avoir raison ; mais mon désir est impuissant à créer un droit. C'est l'aspiration à un droit ; c'en

est peut-être le précurseur, — peut-être aussi le regret, rien de plus.

Ce règne de la volonté générale n'est jamais apparu plus clairement que dans la société moderne, où les lois règlent minutieusement les moindres rapports sociaux. Au législateur, dépositaire de la volonté générale, est confié le soin de formuler le droit. A quels principes fondamentaux se soumet-il ?

III. Le droit a pour mission de régler les relations humaines. Il n'a pas à jouer le rôle d'une morale ou d'une religion et à traduire dans le domaine de la réalité quelque vérité absolue. Il ne crée pas des droits pour le plaisir de les créer, parce que c'est une chose bonne en soi et qu'il satisfait ainsi à un idéal de justice. Plus modeste est son rôle ; le droit n'a que la valeur relative d'un moyen : il est là pour le bien des hommes. L'intérêt humain est et doit être le seul guide du législateur. Un coup d'œil jeté sur l'organisation actuelle de la société convaincra le premier venu que cela est ; il serait hardi de soutenir que cela ne doit pas être.

Mais le bien des hommes, c'est le bien des individus ; eux seuls sentent, pensent et agissent, sont heureux ou malheureux. Ils sont légion, animés des mêmes besoins, doués des mêmes facultés, tous pétris de la même argile par la main aveugle de la nature. Nul ne peut pénétrer dans leur for intérieur et savoir leur puissance de souffrance et de bonheur, l'importance qu'ils attachent au libre exercice de leurs facultés et aux biens qu'ils tiennent de la nature, le pouvoir créateur de leur volonté libre ; le présent de chacun renferme un avenir inconnu. Aussi, une règle absolue s'impose au législateur ; il doit ne favoriser personne et une voix intérieure, la voix de la justice, le lui crie. L'idée de justice repose sur celle d'égalité, catégorie de notre entendement dont dépend tout raisonnement et toute science ; la science parfaite, celle des mathématiques, y est tout entière contenue et l'activité de l'esprit humain n'a fait que l'en tirer,

par un développement nécessaire. Une unité ne peut être préférée à l'autre et chaque homme est une indivisible unité ; l'impartialité est le premier devoir du législateur. — Or les intérêts individuels se contrecarrent de mille façons ; la réalisation totale du bien de chacun est impossible, parce qu'elle ne pourrait s'acheter qu'au prix du sacrifice complet des uns aux autres, et que la justice s'y oppose. Le droit ne peut donc accorder sa protection à tous les intérêts ; il les protège en imposant le devoir de les respecter et en recourant à tous les moyens, à la pénalité s'il le faut, pour contraindre à ce respect les récalcitrants. — Quels intérêts sacrifiera-t-il ? Donner le moins à l'un en privant l'autre du plus serait contraire à l'idée d'égalité, à notre sentiment de justice. Il sacrifiera donc les intérêts les moins importants en se réglant, encore ici, pour déterminer leur valeur, non pas sur un idéal plus ou moins personnel, mais sur les idées en cours. On sait que cette valeur est tout autrement appréciée suivant les pays et les époques ; la liberté de conscience a été longtemps un bien ignoré, le droit de la jeune fille à disposer de sa personne un bien méprisé ; aux yeux de certaines peuplades, la virginité est un mal ; les idées sur l'honneur ont été soumises à d'incessantes fluctuations ; la vie, la préservation de toute souffrance corporelle ont pris aujourd'hui une importance autrefois inconnue.

La tâche du législateur est relativement facile, quand il ne s'agit de mettre en balance que des intérêts individuels ; elle se complique quand les intérêts en conflit sont ceux de groupes d'individus d'un côté, d'individus isolés de l'autre, qu'il lui faut sacrifier l'intérêt particulier à l'intérêt général, ou vice versâ. L'importance du premier peut alors balancer le nombre des intéressés. Le conflit devient plus aigu, plus malaisé à résoudre que jamais quand l'intérêt général est un intérêt social, que les intéressés sont à la fois tous les membres d'une société. Il n'est pas d'intérêt social qui ne soit un intérêt individuel ;

l'homme n'est rien sans la société et il en a trop conscience pour hésiter à faire les sacrifices nécessaires à son maintien et à son développement. Mais, ici encore, le principe d'égalité — l'existence de la société important également à tous — lui permet de demander qu'on n'exige pas plus de lui que de ses concitoyens ; l'impôt cherche à résoudre ce problème. Il n'en est pas moins vrai, malheureusement, que parfois le hasard seul déterminera la victime ; nulle part le conflit entre le bien de l'individu et celui de la société n'apparaît plus brutal que dans l'organisation du procès criminel. Jusqu'au jugement définitif, l'accusé est peut-être un innocent, dont la liberté, l'honneur même sont immolés au besoin de sécurité sociale [1]. Il n'en est pas de même dans l'application de la peine, car le condamné ne fait que subir, comme membre du corps social, les conséquences nécessaires de son acte ; il n'y a conflit qu'entre des intérêts sociaux.

De même que tout intérêt social est un intérêt individuel, tout intérêt individuel est un intérêt social. Tous les hommes sont solidaires les uns des autres ; chacun de nous recourt chaque jour, pour assurer son existence et son bien-être, aux services de milliers d'hommes, vérité que les économistes ont mise en lumière. C'est encore là, pour le législateur, une raison de donner la préférence, en cas de conflit, au plus important

[1] Nous saisissons cette occasion de mentionner l'intéressant article du danois Oersted dans « l'Archiv des Criminalrechts » de 1822 (p. 345-74, 625-77) « Ueber das Nothrecht als ein einflussreiches Prinzip in der Strafrechtspflege ». Il a remarqué le premier combien fréquemment le législateur se trouvait en état de nécessité : « Dieses ausgedehntere Nothrecht — dit-il (p. 351-2) —, welches wir für einen der folgenreichsten Grundsätze der angewandten Rechtslehre zu erklären wagen, geht auf die Fälle, in denen mehrere Rechtsforderungen sich dergestalt durchkreuzen, dass es in diesem Conflikte nothwendig wird, die Eine mit Rücksicht auf die Andere einzuschränken, theilweise aufzuopfern. » Oersted est, du reste, encore embarrassé dans l'ancien fatras philosophique.

des biens individuels en présence ; — bien que cet intérêt social ne soit pas l'unique mesure de la valeur des individus et de leurs biens : la société est plus intéressée, par exemple, à la possession par un commerçant intelligent du capital qui lui permet d'exercer son commerce qu'à l'existence dans un hospice d'un vieillard sans famille ; elle ne sacrifiera pourtant pas le second à l'argent du premier.

IV. Que ces principes ne sont point le fruit d'une imagination fantaisiste, il n'est pas difficile de le prouver. Leur application est surtout sensible lorsqu'ils obligent le législateur à faire exception à quelque article fondamental de ses lois, qu'ils l'obligent, non seulement à interdire à l'individu la recherche d'un bien, mais encore à lui infliger un mal, ce qui est essentiellement contraire à la mission du droit.

Le premier devoir de l'État est de prévenir tout conflit ; mais malgré tout il s'en présente. Les conflits entre l'intérêt social et l'intérêt individuel sont les plus fréquents ; ce sont, tantôt des états de nécessité du corps social, tantôt des états de nécessité de l'individu. Les biens les plus précieux de l'homme — ce qu'on appelle improprement ses droits naturels — doivent quelquefois être sacrifiés : à la guerre, sa vie ; dans le procès pénal, sa liberté et sa réputation ; ailleurs, la paix de son foyer (exceptions à la règle d'inviolabilité du domicile [1]); plus souvent encore sa propriété, dont le dépouillera l'expropriation pour cause d'utilité publique, ici pour la construction de chemins de fer, de canaux, de digues, là pour l'exploitation, la découverte même de mines, ou dans quelque autre but. Il est sans doute indemnisé, mais en perdant un bien auquel l'attache l'habitude et, peut-être, des souvenirs sacrés, qui pour lui n'a pas son pareil, il souffre un mal irréparable ; il faut pourtant qu'il s'y résigne, fût-il même le meunier Sans-Souci. La loi parle ; mais, en l'absence même

[1] Loi française du 22 frimaire, an VIII, art. 76, etc.

de loi, sa propriété peut subir de graves atteintes : pour permettre la défense d'une place forte, par exemple, les autorités militaires raseront une maison particulière ; en cas d'inondation, d'incendie ou autres calamités, les autorités administratives prendront des mesures analogues [1]. Inversément, il arrive que l'intérêt social soit sacrifié à l'intérêt particulier ; c'est ce que fait le jury, inconsidérément parfois, lorsqu'il acquitte un accusé coupable plutôt que de lui laisser infliger une peine hors de proportion avec sa faute. C'est pour cela que certains délits ne sont poursuivis que sur plainte du lésé, auquel la divulgation de faits de sa vie privée ferait plus de mal qu'à la société l'absence de répression. De là, en quelque mesure, la prescription du droit pénal ; de là, certains huis-clos et les dispenses de témoignage ; de là l'« actio rerum amotarum » du droit romain, et l'interdiction faite au fils d'opposer au père l'« exceptio doli » (l. 4 § 16 D. de exception.), etc. etc.

Dans le droit privé, mêmes phénomènes. Pourquoi, alors que les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers, la loi soustrait-elle à leur action les choses nécessaires à son entretien et à celui de sa famille pendant un certain temps et les outils de sa profession, le tout atteignant peut-être la valeur de quelques milliers de francs [2] ? Par raison d'équité, dira-t-on. Mais sur quoi se base cette équité, sinon sur la disproportion des intérêts en présence : d'un côté la vie, ou tout au moins l'absence de privations cruelles, de simples intérêts pécuniaires de l'autre ? C'est là le bénéfice de compétence déjà connu du droit romain. — Un fonds de terre est mis en parcelles ; l'une d'elles, enclavée et dépourvue de toute issue sur la voie publique, ne peut trouver à travers les autres parcelles qu'un pas-

[1] V. les traités de droit public et administratif. — Très intéressant et saisissant bien l'esprit de ces institutions, Ihering, Zweck im Recht, p. 512-524, 420-431.

[2] Art. 592, code de proc. civ. français.

sage insuffisant à l'exploitation agricole dont elle est l'objet ; la loi civile accorde au propriétaire le droit d'exiger de son voisin un passage sur son fonds[1]. La source de ce droit de passage n'est autre que la disproportion entre le mal résultant, pour l'un de l'absence ou de l'insuffisance d'issue à sa propriété, pour l'autre du droit de servitude dont on grève son fonds. — J'ai, à l'insu d'autrui, employé à la construction de ma maison des matériaux qui lui appartiennent ; il n'en peut réclamer que le prix et des dommages et intérêts, s'il y a lieu, tandis que son droit strict lui permettrait d'exiger la restitution en nature : mais il faudrait alors démolir ma maison ! C'est le cas dont traite le titre « de tigno juncto », au Digeste, et l'art 554 du code civil. — De même dans l'accession de choses mobilières : si les matières unies ne peuvent être séparées sans inconvénient et que l'une d'elles soit d'un prix très supérieur à l'autre, le propriétaire de la première peut s'approprier la chose provenue du mélange, en remboursant à l'autre le prix de sa matière (C. C. 574). D'une manière générale, le propriétaire de la chose de plus grande valeur entraîne celle de l'autre (C. C. 568). « Supposons — dit *Lehmann* (op. c. p. 229) — que Raphaël ait peint sa Madona della Sedia, non pas sur un fonds de tonneau, mais sur la coupe d'un tronc d'arbre ». Lui ferait-on râcler ses couleurs ? Le peintre aura droit au moins à une couche du bois ! De même si, locataire, il avait revêtu de quelque peinture de valeur la porte d'une armoire (C. C. 565 ?). Remarquons que dans tous ces cas, c'est par la faute d'un des propriétaires, agissant même peut-être dans l'intention de nuire, qu'est survenu l'état de nécessité ; nous supposons au contraire, en droit pénal, l'absence de faute de celui qui bénéficie de l'acte. — Dans le procès en partage, le prêteur romain donnait au juge la faculté d'adju-

[1] Art. 682, 684, code civil modif. par la loi du 20 août 1881. Origine : l. 12 pr. et § 1 D. de religiosis (11. 7).

ger, qui équivaut à celle d'exproprier. *Ihering* (op. c. 530) fait ressortir la souplesse du droit romain permettant toujours au juge, grâce à la teneur de la formule, de recourir à la simple condamnation à une somme d'argent, si la restitution de la chose par le défendeur offrait quelque grave inconvénient. Et pourtant aucun peuple n'a cru, à l'égal du romain, en l'absolu du droit de propriété.

L'expropriation pour cause d'utilité privée est donc un phénomène fréquent; elle s'opère sur un théâtre plus modeste que celle du droit public, mais présente les mêmes caractères juridiques. Lehmann a établi que l'effet de l'état de nécessité en droit civil était toujours une expropriation, en d'autres termes une transformation des droits les plus divers en celui d'exiger réparation du préjudice [1], droit que nous ne refusons point à l'individu lésé par l'acte nécessaire. C'est un principe général dont le législateur n'a tiré jusqu'ici que des conséquences isolées [2] et qui permet seul de résoudre cer-

[1] L. cit. p. 247-8 : « Im Criminalrecht verliert im Conflictsfall das geringere Recht seinen criminalrechtlichen Schutz, im Civilrecht seinen civilrechtlichen, hier aber nur insoweit, dass es die Durchsetzbarkeit in seiner genuinen Form einbüsst, und sich ganz oder theilweise die Surrogation durch seinen auf Geld zurückgeführten Vermögenswerth, eventuell selbst die Verwandlung in eine Ersatzforderung gefallen lassen muss. »

[2] Exemple dans les art. 292 et 310 du Code suisse des obligations (droit de résiliation d'un bail, dont des circonstances graves rendent la continuation intolérable à l'une des parties), trop vaguement conçus. — *Hertz* (Unrecht, 1880, p. 98; cf. *Geyer*, Nothstand, p. 78) s'élève contre le droit de nécessité, en cherchant à pousser la théorie à l'absurde : « On ne pourrait décider ce qui est juste que dans chaque cas particulier. Ce serait aller trop loin que d'accorder une valeur absolue au droit du créancier à exiger le remboursement du prêt. Celui qui doit 500 écus à un riche serait, par ex., dispensé de les payer s'il ne possédait rien d'autre et qu'il en eût besoin pour une cure dont dépend la conservation de sa vie. » Pourquoi pas, si cet état de faits peut être établi ? Le débiteur ne serait pas libéré : un délai seulement lui serait accordé. Nous rappelons le bénéfice de compétence. Le cas ne rentre pas dans la formule de Lehmann.

taines questions délicates : à l'expiration d'un bail, une maladie grave, que son déplacement rendrait mortelle, empêche l'ancien locataire d'évacuer les locaux dans lesquels le nouveau veut emménager; les principes connus ne permettent pas de baser juridiquement son droit à retarder l'évacuation. En bâtissant une maison, un propriétaire a légèrement dépassé les limites de son fonds et empiété sur le fonds du voisin; l'obligera-t-on à démolir, en application de l'art. 555 du code civil? Il ne serait pas difficile de trouver des exemples analogues. La condescendance réciproque écartera le plus souvent les difficultés ; mais si l'intéressé s'entête à réclamer tout son droit?

V. Appliquons à l'état de nécessité du droit pénal ce principe de proportion des biens ou intérêts, comme mesure du droit.

Si les biens en présence sont de valeur inégale, la loi ne peut admettre que le plus petit se conserve aux dépens du plus grand, que de deux maux on choisisse le pire — à moins qu'on ne se l'inflige à soi-même — ; elle ne peut approuver le soldat fuyant l'ennemi, le simple particulier assassinant un innocent pour éviter une perte d'argent, le geôlier ouvrant la porte à un détenu, parce qu'il l'accable de railleries toutes les fois qu'il entre dans sa cellule, les pompiers se servant de leur unique pompe pour éteindre une masure et laissant brûler une ferme importante, etc. Mais elle doit approuver au contraire la conservation du plus grand aux dépens du plus petit, de la vie aux dépens de la liberté (séquestration temporaire), de l'honneur d'une femme par une légère atteinte à la pudeur publique, d'une maison incendiée aux dépens des récoltes foulées aux pieds en allant chercher de l'eau au fleuve, ou de la tranquillité du propriétaire voisin chez lequel il faut pénétrer pour organiser les secours, etc.

Et si les biens en présence sont égaux? La loi peut-elle autoriser un individu à sauver sa vie aux dépens de la vie d'un innocent? Lui en donner le droit, certes non ; mais exiger qu'il

sacrifie son existence à celle d'autrui, non plus. Elle ne peut ni l'approuver, ni le désapprouver.

C'est que le droit n'est pas une morale ; seule celle-ci peut blâmer l'homicide nécessaire [1]. La morale a sa source dans la

[1] Et encore a-t-on soutenu le contraire (v. p. 136-9 ci-dessus). La question de la moralité de l'acte nécessaire est très délicate et ne peut être tranchée *a priori ;* c'est une question de casuistique. L'état de nécessité est pour la science morale un conflit de devoirs *, qu'elle résout en établissant une échelle des devoirs. Or elle admet des devoirs envers soi-même, dont certains sont d'une essence supérieure à bien des devoirs envers autrui : ainsi le devoir de chasteté qui, le plus souvent, rendra moral l'acte nécessaire commis pour la sauvegarde de la pudeur, même s'il cause un mal irréparable. La conservation propre est aussi un devoir, la vie étant la condition de la personnalité et de la moralité, et ce devoir doit passer par exemple avant celui de respecter la propriété d'autrui ; Janet lui-même écrit que « le devoir de ne pas user de la propriété d'autrui implique une exception sous-entendue, à savoir le cas de nécessité absolue » (op. cit. p. 367). Puis la vie de l'un est souvent la condition du bien des autres ;

* *Paul Janet,* La morale, Paris, 1873, liv. II, ch. VI : conflit des devoirs ; l. III, ch. I : la conscience morale, ch. II : l'intention morale, ch. III : le probabilisme moral ; surtout p. 307-28, 357-69, 294-6. « Nous arrivons — écrit Janet — à une des questions les plus difficiles de la morale, et il est vraisemblable que c'est la difficulté même qui explique que la plupart des moralistes l'aient trop souvent négligée. » On en pourrait dire autant de la question juridique correspondante. — Tout le monde reconnaît la possibilité des conflits de devoirs ; car ceux qui la nient jouent sur les mots, entendant par « devoirs » les exigences de la loi morale, et par « devoir » l'obligation de faire telle ou telle chose ; on ne peut être obligé à faire qu'une chose à la fois, disent-ils. Mais cela n'empêche pas qu'en fait, il faut décider dans chaque cas particulier quel est notre devoir, c'est-à-dire à quelle exigence morale il faut donner la préférence, ce qui est précisément la question du conflit de devoirs. Nous sommes en ce sens dans un état de nécessité moral perpétuel. C'est ce qu'oublie *Ad. Wach,* dans son écrit récent « Der Widerstreit der Pflichten » ; il se contredit, en outre, en admettant en pratique la possibilité de conflits résultant de l'imperfection humaine (ainsi, en cas de mensonge fait à un malade, de son manque de force morale) et en niant sa possibilité logique, parce que l'homme ne peut commettre qu'une action à la fois, — ce qui est le résultat de notre imperfection.

conscience individuelle, le droit dans la volonté générale. La morale considère l'intention, le droit le résultat extérieur et l'intention seulement comme grosse de résultats, ou comme source de responsabilités à venir, parce qu'elle s'est révélée dans des actes qui ont influencé autrui ; les plus atroces machinations, rendissent-elles leur auteur digne des peines éternelles, sont sans signification juridique si elles n'ont pas abouti. La morale peut poursuivre le bien en soi ; le droit est subordonné aux nécessités humaines et pratiques. Il est des actes moraux injustes, punissables : exercer la médecine dans un but charitable, enlever un enfant à son père pour le soustraire à d'indignes traitements, organiser sans autorisation une loterie de bienfaisance, etc.; la bonne intention ne justifie pas le délit. In-

ainsi, dans le cas de la planche, si l'un des naufragés était porteur d'un message d'où dépendrait le bien de l'État et de milliers d'hommes, l'homicide ne serait-il pas moral ? Ce serait donc aller trop loin même que de dire que le devoir de respecter la vie d'autrui, certainement supérieur à celui de conservation propre — nous condamnons donc le vulgaire homicide nécessaire —, est supérieur à tout autre devoir. Si nous entrions dans le détail, on verrait que dans la plupart des cas de disproportion des biens en présence, la morale en est amenée à reconnaître celle de l'inégalité des devoirs en conflit, l'importance d'un devoir dépendant de celle de son objet, et à approuver l'acte que nous déclarons juste. — La morale populaire se place à un tout autre point de vue. Il y a de nos jours scission complète entre la morale professée par la foule, qui est celle du désintéressement, et celle que chacun prend pour règle de conduite, qui ne l'est certes pas. La première est tout idéale : elle exalte la valeur de l'altruisme, partage des natures les plus élevées, et sert simplement de contre-poids à nos instincts égoïstes, qui, s'ils constituent le plus puissant des ressorts sociaux, sont trop solidement enracinés dans notre nature pour qu'il soit besoin de les encourager. Aussi le peuple considère-t-il une action comme d'autant plus morale qu'elle a exigé un effort moral plus extraordinaire : il admire toujours le désintéressement, même poussé à l'absurde. Il sera donc disposé à déclarer immoral l'acte nécessaire commis pour la sauvegarde d'un bien personnel et à admirer au contraire les actes d'intervention auxquels pousse un sentiment d'humanité (p. 22 suiv. ci-dessus). — Ainsi, à quelque point de vue que l'on se place, il faut reconnaître que l'acte nécessaire est souvent moral.

versément, il est des actes justes immoraux : un riche, par exemple, poursuit un débiteur jusqu'à la ruine complète. Si, malgré la dissemblance de leur source, les ordres de la morale concordent souvent avec ceux du droit, c'est que la conscience individuelle a été soumise pendant de longs siècles à la pression morale de la loi. — Faire du mal n'est donc point injuste en soi ; tout dépend du résultat extérieur de l'acte. Qu'on ne parle pas d'intention ; si la lésion est permise, l'intention est bonne. Le bourreau a le dessein de nuire ; le meurtrier par imprudence ne l'a pas.

Le droit donc, émanant de la volonté générale, ne peut que se désintéresser d'un conflit entre biens égaux ; le principe d'égalité le lui commande : il ne doit pas protéger un individu aux dépens de l'autre. « Le danger de l'état de nécessité — dit Janka (op. c. p. 197, cf. p. 205) — est un malheur pour celui qu'il menace. C'est à celui dont il atteint la personne ou les biens à supporter un malheur. » Pourquoi donc ? Il faudrait trouver une source juridique à cette obligation de l'un de sacrifier sa vie à celle de l'autre [1]. Et elle est introuvable. L'on en pour-

[1] Cf. *Luden*, Abhandl. 509-10, Handb. 304-5 (v. p. 205 ci-dessus). — Nous ne trouvons de solutions analogues à la nôtre que celle de *Schaper* (p. 210 ci-dessus ; cf. déjà *Hufnagel*, Commentar, p. 226-7 — p. 196 ci-dessus —), de *Berner*, dans la 1e édition de son traité (p. 128 : il l'a abandonnée plus tard) : « Das Leben des Einen, als gerade nur so gleich berechtigt, kann nicht fordern dem Leben des Andern vorzugehen », et de *Marquardsen* (l. c. p. 403). Tous trois restent dans un grand vague et ne partent pas du principe du conflit de biens. Si l'on admet que la vie est un droit naturel, les deux droits se font équilibre et l'acte du nécessité est une lésion de droit (*Zeiller* l. c. p. 108-9) : à moins de recourir aux subtilités de Luden, il faut alors le déclarer injuste et punissable. *Meyer* (Lehrbuch, 1882, p. 307 : devancé par *Lehmann*, l. c. p. 249) résout la difficulté par la considération que « l'État, en matière pénale, doit se placer au point de vue de l'agent » et que pour celui-ci, de deux intérêts égaux, c'est le sien qui l'emporte ! (Cf. p. 48 ci-dessus). Et si telle est son opinion en cas de conflit de biens inégaux ? *Binding* qui, le premier, retournant à Fichte et ses prédécesseurs, a admis l'irrelevance de l'acte nécessaire, lui donne une base insuf-

rait décider autrement, si c'était par la faute du nécessité qu'eût été amené le danger ; mais nous le supposons dû à des circonstances indépendantes de sa volonté. Quelquefois, d'ailleurs, il sera commun (Mignonnette) ; et, sans être commun, il peut devoir sa naissance au lésé lui-même : ainsi, dans le cas de menaces, c'est à lui qu'en veut le provocateur et le hasard seul l'amène à se servir du nécessité comme instrument.

La loi se désintéressant du conflit, il y a là sans doute, en quelque sorte, une « sanction légale de la force », comme le dit justement von Buri (l. c. p. 446) ; mais c'est un mal nécessaire, — comme bien d'autres, hélas ! comme la mort, comme la guerre, comme la peine. L'État ne fait d'ailleurs que respecter l'égoïsme, le plus puissant des ressorts sociaux, le plus sûr garant de la sécurité de tous, comme il est l'âme du commerce, lorsqu'il est allié à un sentiment de justice, et « qu'il ne peut pudiquement ignorer quand il y fait constamment appel par la menace de peines » (Baumeister). S'il ne peut approuver l'homicide, il ne peut prêcher le suicide, dont les résultats immédiats sont aussi fâcheux pour lui.

VI. A cela s'ajoute une autre considération : la société peut d'autant moins se montrer exigente envers l'individu en détresse que, le plus souvent, elle faillit alors elle-même à l'un de ses premiers devoirs envers lui, le devoir de suppléer à la faiblesse individuelle [1]. L'individu seul, avons-nous dit, pense, sent et agit ; ce n'est que par lui que l'abstraction sociale prend vie et c'est la mission la plus importante de la société que d'assurer à chacun l'intégrité des biens qu'il tient de la nature ou qu'a

fisante en cas de conflit de biens égaux : « es ist natürlich dass der Gefährdete seinem Triebe der Rettung nachgiebt » (Handbuch, 766) ; c'est tout au plus un motif d'excuse. — Cf. à nos développements ceux de *von Buri*, l. c. p. 434-7.

[1] Cf. Henke, Handb. 337 : Marezoll, Grolman et Luden (p. 179, 196, 205 ci-dess.) ; Goltdammer, Material., I, 371. *Contra*, Breidenbach, op. c. 574-5.

produits son activité. Or notre bien-être a pour ennemis les forces parfois malfaisantes de la nature, tout comme les volontés mauvaises d'autres hommes; ces volontés, sans doute, sont les plus redoutables, parce que, menace perpétuelle, elles cherchent sans cesse les moyens de déjouer les mesures préventives prises contre elles, tandis que le mode d'action des forces naturelles est connu d'avance : de là l'arme spéciale qu'il faut brandir contre elles, la peine, qui cherche à les dompter pour toujours en les réformant, après les avoir pour un temps incapacitées. Mais, une fois déchaînées, les forces naturelles se jouent bien autrement de l'effort individuel. C'est pourquoi l'État nous protège également contre elles ; il n'y renonce que lorsque l'association spontanée des citoyens y pourvoit. Il fait construire des digues, dresser des paratonnerres, surveille l'organisation des secours contre l'incendie, organise le sauvetage des navires en détresse; il met au bord des routes des garde-fous et prend souci de notre sécurité jusqu'au sommet des Alpes, veillant à ce que les guides qui nous y conduisent soient des hommes sûrs, comme il veille à ce que les médecins ne nous tuent pas en voulant nous guérir. Il secourt les faibles, les indigents, les malades, par l'assistance publique à laquelle chacun contribue. Bref, il prend mille mesures qui suppléent à notre impuissance et, tous les jours, les progrès de la science et l'augmentation de la fortune publique lui permettent de les rendre plus efficaces. Et il ne fait là que son devoir. — Or, dans l'état de nécessité, l'individu est laissé seul à lui-même, impuissant. Une maison est incendiée et les secours n'arrivent pas; un passant est attaqué et la police n'a garde de se montrer ; une femme tombe dans la misère et, trouvant toutes les portes fermées, délaisse son enfant; un pauvre meurt de faim dans une grande ville. Dans le cas de conflits de devoirs, c'est la loi elle-même qui, par sa maladresse, le condamne à la violer. Il est fâcheux, certes

qu'il doive recourir à des actes dommageables pour pourvoir à son salut — ou qu'un autre doive le faire pour lui — ; mais, s'il n'est pas en faute, la société, première fautive, ne peut que déplorer ces tristes circonstances. Seule, la morale peut être satisfaite d'une occasion donnée à l'individu de déployer de l'héroïsme ou de la grandeur d'âme ; c'est une belle chose que le spectacle d'un homme souffrant pour une idée ou, comme le chrétien, pour souffrir, ou, comme le stoïcien, pour pouvoir se dire qu'il n'a pas souffert où d'autres auraient succombé. Mais le droit poursuit d'autres buts.

§ 3. RESTRICTIONS PRATIQUES

I. Ce n'est pas à dire que, comme acte individuel, l'acte nécessaire puisse souvent être approuvé et que la loi doive proclamer un *droit* général de nécessité. De graves considérations obligent à apporter en pratique un tempérament aux conséquences rigides des principes qui viennent d'être exposés.

Elles sont de deux sortes ; les unes ont trait au fait que l'acte nécessaire est un acte de justice propre, les autres, de moindre portée, au fait qu'il revêt la forme d'un acte délictueux.

II. Il n'y a lieu à application des principes qu'en cas de conflit de biens ; or la présence de ce conflit est très difficile à établir, sa certitude impliquant celle de l'inévitabilité de la lésion redoutée en cas d'omission de l'acte nécessaire.

Le mal à éviter est futur ; c'est en face d'un *danger* que se trouve le nécessité. On a soutenu que le danger n'avait pas d'existence objective, parce qu'en réalité rien ne *peut* arriver, tout *doit ou ne doit pas* arriver par le jeu nécessaire des lois naturelles ; c'est aller un peu loin, si l'on croit à la liberté humaine, car notre volonté peut modifier le cours des choses et Dieu lui-même n'en doit pas pouvoir prévoir les déterminations.

Mais il est vrai que le danger réside essentiellement dans notre esprit, impuissant à prédire l'avenir. Nous ne pouvons pas cependant n'agir qu'avec la certitude que notre crainte d'un mal n'est pas une crainte vaine, car, seule, la survenance du mal pourrait nous donner cette certitude ; quand nous agirons, donc, la réalité du danger — l'inévitabilité et non la simple possibilité d'un mal futur — sera rarement établie. Dans le cas de nécessité, surtout, elle ne pourra presque jamais l'être, l'imprévu des circonstances, la nécessité d'une prompte action, le fait que les intérêts de l'individu sont menacés, tout enfin concourant à troubler son regard. Le danger sera donc souvent imaginaire, et par conséquent aussi la collision de biens.

Même observation sur l'efficacité de l'acte nécessaire comme moyen de salut. L'aubergiste qui tire sur le cheval du voleur en fuite ne rend pas certaine son arrestation, il la facilite seulement ; le voleur détalera peut-être à toutes jambes. Le danger est diminué, sans être écarté. Et, seule, l'absolue nécessité, du sacrifice d'un bien à la conservation de l'autre rend le conflit présent.

A cela s'ajoute qu'il s'agit de confier à l'individu le droit, non seulement de constater le conflit, mais encore de l'apprécier ; fixer la valeur relative des biens en présence est une opération très délicate, parce que leur valeur abstraite importe peu, qu'ils n'en ont que dans leurs rapports avec des hommes. Il s'agit d'apprécier les conséquences de leur perte pour leur propriétaire, le mal causé par l'acte. Cent francs valent pour l'un, placé dans une situation critique, cent fois plus que pour l'autre ; l'honneur d'une femme vaut, tantôt plus que la vie, tantôt rien.

Ici donc plus que partout ailleurs, par cela même que les faits générateurs du droit sont incertains, infiniment variables et d'une constatation difficile, l'autorisation de la justice propre se heurte à de sérieux inconvénients. La base du droit de légitime défense, qui est un acte de justice propre aussi, est au con-

traire un fait certain et qui a une existence actuelle : l'attaque au droit.

III. Puis l'acte nécessaire présente l'allure d'un délit ; en l'autorisant, la loi consacre une exception à ses dispositions, et c'est là un mal. Janka a mis ce point en lumière (op. c. p. 168) : « Cet abandon de la règle commune s'accompagne toujours en un certain sens d'un danger social. Une loi qui renonce trop facilement à ses défenses en affaiblit l'autorité et par là sa propre autorité. L'intérêt... à la solidité de la règle de droit doit donc être porté en ligne de compte. » Il y a là du vrai, — bien que l'argument prouve plus qu'il ne veut prouver : à ce compte-là, il faudrait punir l'acte nécessaire (cf. p. 222 ci-dessus) — ; d'autant plus, pourrait-on ajouter, que l'acte qui prend la forme d'un délit cause presque toujours une alarme, parce que les circonstances spéciales du cas sont ignorées ; mais le fait de la poursuite pénale, inévitable puisqu'il faut constater qu'il y a eu réellement état de nécessité, donne pleine satisfaction aux exigences de sécurité publique. Au total donc, cette considération n'a pas grande portée.

IV. Janka met encore en avant un autre argument (p. 205) : « Un principe juridique entre en lutte avec cet autre principe que le bien doit être assuré dans la plus large mesure possible : le principe que chacun doit être garanti dans sa sphère juridique. » Mais cela s'applique au nécessité, tout comme à celui auquel il s'en prend pour écarter le mal qui le menace. C'est injustement qu'il est menacé, c'est-à-dire contrairement à la volonté sociale ; nous renvoyons à ce que nous avons dit de la mission de la société (p. 265-7 ci-dessus).

Ce sont donc essentiellement les considérations du premier ordre qui doivent limiter, dans l'application, les conséquences des principes exposés au paragraphe précédent.

§ 3. LA SOLUTION. NATURE JURIDIQUE DE L'ACTE NÉCESSAIRE.

I. Nous avons maintenant des bases solides pour discuter

la question très controversée, très délicate, de la nature juridique de l'acte nécessaire.

Nous l'avons autant que possible négligée au cours de notre étude critique des théories, et cela parce qu'elle est, en une certaine mesure, indépendante de celle des motifs d'impunité. On les a trop souvent confondues.[1] On peut, en se basant sur le même motif d'impunité, attribuer à l'acte les caractères les plus différents; témoin l'exemple des représentants de la théorie de faiblesse humaine : l'acte est juridiquement irrelevant, d'après Grotius ; non imputable, d'après Filangieri ; criminel, mais excusé, d'après Breidenbach ; injuste sans être criminel, d'après Geib ; juste enfin, d'après Rotering. Et, inversément, on peut lui attribuer le même caractère par les motifs les plus dissemblables : les jurisconsultes du XVIIIe siècle l'ont qualifié de juste comme exercice du droit de conservation propre (idée romaine), Hegel, parce que la vie est le droit absolu, Stammler, en vertu du conflit de biens, Rotering, de la faiblesse humaine. Rappellerons-nous qu'on y a vu l'accomplissement d'un devoir (Wolff) et, enfin, un délit civil sans être pénal (Luden). Voilà déjà sept solutions distinctes ! Et il faut ajouter celles des partisans de théories doubles [2] qui reconnaissent à l'acte nécessaire tantôt un caractère, tantôt un autre : celui d'un droit, par exemple, lorsqu'une vie se conserve aux dépens d'une simple chose, d'un acte injuste excusé lorsqu'elle s'attaque à une autre vie. C'est là un phénomène curieux dont on chercherait en vain d'autres

[1] Ainsi Stammler, Binding, Hälschner (deutsches Strafr. I, 490 note) et Janka, dans sa critique des théories de faiblesse humaine et *passim*.

[2] Ce sont : le droit romain, encore vague ; Grotius, Pufendorf, Wenckebach, Globig et Huster (l. cit. et p. 132). Dans ce siècle, en France, Rossi : en Angleterre, Bentham : en Italie, Carrara ; en Allemagne, Zeiller, Oersted(?) puis Berner et, le suivant, Lehmann, Pernice, Janka, von Buri ; enfin, complétant Hegel, Wessely, Gillichewski, Göb, et même von Wächter ; en Russie, Taganzeff (projet de 1882). Janka (note 256) cite à tort Heffter.

exemples dans l'histoire du droit ; indice significatif de la difficulté toute spéciale de la question de la nécessité.

II. Il n'en est pas moins vrai que le droit de nécessité cadre surtout avec la théorie du conflit de biens — ou de droits —, parce qu'elle examine seule la nature intrinsèque de l'acte, abstraction faite de l'agent.

Devons-nous donc reconnaître un droit de nécessité ?

Il ne peut en être question en cas d'égalité des biens en conflit ; on se rappelle à quelles absurdités conduit cette solution (v. p. 210-1). Mais est-il admissible en cas de conflit de biens inégaux, notamment lorsqu'il y a véritable disproportion entre le mal évité par l'agent et le mal qu'il inflige à autrui ?

III. Il nous faut d'abord apprécier le droit de nécessité dans ses conséquences pratiques. Il en résulte :

1° Qu'un tiers quelconque peut secourir le nécessité ; il ne fait qu'exercer son droit par gestion d'affaires. « Aucun homme n'hésitera à s'emparer de lait ou de vin qui ne lui appartiennent pas, pour sauver un affamé qu'il trouve sans connaissance », dit Binding lui-même, adversaire cependant du droit de nécessité (op. cit. p. 786). Nous avons, dans notre introduction, montré par de nombreux exemples combien cette intervention était dans la nature des choses. C'est donc un argument en faveur du droit de nécessité que cette première conséquence qu'il entraîne ; Binding est obligé de déclarer de l'acte ci-dessus que « c'est un délit, mais un délit ordonné par la loi morale et susceptible de grâce » ; qui veut qu'il soit besoin d'un recours en grâce dans un cas pareil est mal venu à soutenir jamais l'impunité de l'acte nécessaire.

2° Que la personne attaquée par le nécessité ne peut pas se défendre. Cette exclusion de la légitime défense est un des principaux arguments des adversaires du droit de nécessité. Mais quoi ? approuvera-t-on le propriétaire superstitieux de la corde d'un pendu qui se meurt, s'opposant à ce qu'on le dépende en cou-

pant la corde ? le possesseur d'une embarcation qui, de peur qu'elle ne soit engloutie, se refuse à y laisser monter le sauveteur d'un homme qui se noie ? le fermier d'un bien isolé dans la campagne jetant dehors, par quinze degrés de froid, le voyageur qu'il a trouvé le soir dans son étable ? le porteur d'eau d'Ortolan défendant ses seaux ? Il nous semble que la légitime défense doit leur être interdite ; elle apparaît si inhumaine que, certainement, peu d'hommes en seraient capables. Sans doute, interdire la légitime défense, c'est demander à celui que lèse l'acte nécessaire le sacrifice d'un de ses biens, ce qu'on ne peut exiger à la légère ; mais ce n'est pas trop exiger ici, tant ce bien est insignifiant, en regard de celui dont l'existence est en jeu. Puis, il ne s'agit pas de le punir de son refus de consentir à ce sacrifice, mais seulement des violences auxquelles il pourrait recourir pour s'y soustraire, et surtout, de justifier celles dont le nécessité n'hésitera pas à user pour triompher de sa résistance, violences punissables si l'on accorde un droit de défense à celui qu'il a attaqué.

3° On a dit que le droit de nécessité excluait *l'obligation de réparer le préjudice*. C'est une erreur, cette obligation pouvant être la condition de l'exercice d'un droit ; ainsi du droit d'expropriation de l'État. Nous avons montré que l'effet de l'état de nécessité en droit civil était de transformer un droit en son équivalent pécuniaire : ce sera précisément la conséquence civile de l'acte nécessaire du droit pénal. Il n'est pas de raison de dispenser le nécessité de la réparation du dommage ; grâce à elle, la situation des deux parties sera égalisée : si le bien sacrifié est très inférieur en valeur au bien sauvé, l'indemnisation du lésé sera considérée par le propriétaire de ce dernier bien comme le prix raisonnable payé pour sa conservation ; si les biens sont égaux, celui qui a évité ce que leur perte avait d'irréparable réparera du moins le mal qu'il a fait dans ce qu'il a de réparable. Cette obligation à réparation amènera même le proprié-

taire au sacrifice immédiat de son bien, si cette perte n'a pas de conséquence irréparable pour lui. Une simple chose peut devoir tout son prix aux souvenirs qui s'y rattachent ou à quelque autre intérêt moral et c'est bien plus cet intérêt que l'intérêt purement pécuniaire qui tombera en état de nécessité.

IV. Droit d'intervention des tiers et interdiction de la légitime défense du lésé, ce sont là les seules conséquences du droit de nécessité et ces conséquences sont désirables ; de plus, il est conforme aux principes de déclarer juste l'acte qui sauvegarde un bien par le sacrifice d'un bien de moindre valeur, car le nécessité agit alors dans l'intérêt social. Mais nous savons aussi que de graves considérations pratiques s'opposent à la reconnaissance d'un droit de nécessité. Comment concilier ces exigences opposées ?

Quant à l'intervention, nous verrons (§ 6 ci-dessous) qu'on peut consacrer ici le résultat du droit de nécessité, sans proclamer ce droit. Mais il en est autrement en ce qui concerne la légitime défense. Fût-on même adversaire du droit de défense illimité, on ne peut l'exclure ici par la considération qu'en se défendant l'agent cause la mort d'un homme, mal hors de proportion avec celui qu'il évite. Celui qui repousse le tiers qui veut couper la corde du pendu ne se défend pas contre le pendu, à l'égard duquel son acte est une simple omission de secours, que ne punissent pas nos lois. Et de même partout. Il y aurait bien une autre solution possible : attribuer à tous les actes nécessaires le caractère neutre d'actes juridiquement indifférents, tout en n'admettant la légitime défense que contre les actes injustes — il faut, selon nous, l'admettre contre toute attaque à laquelle la loi n'exige pas que nous nous soumettions —, d'où la conséquence que l'acte nécessaire ne pourrait jamais occasionner chez autrui qu'un état de nécessité, sans jamais l'autoriser à la légitime défense (von Liszt), conséquence à laquelle aboutissent aussi ceux qui, comme Stammler, recon-

naissent un droit de nécessité en cas d'égalité des biens en conflit. Mais notre sentiment de justice en serait révolté : il suffirait d'une légère supériorité du bien que veut sauver l'agresseur sur le bien de l'assailli, pour que celui-ci ne pût se défendre impunément, les conditions de l'état de nécessité n'étant pas présentes pour lui ; « je serais obligé de me laisser complaisamment couper un doigt pour sauver la main d'autrui », dit von Buri critiquant Stammler. En particulier, lorsque l'agresseur est contraint par les menaces d'un tiers, l'assailli devrait laisser commettre sans résistance un crime sur sa personne, car l'instigateur est coupable de l'acte que le nécessité commet innocemment (v. l'exemple donné p. 15-6 ci-dessus). L'injustice de cette solution devient plus éclatante encore si l'on songe à l'incertitude forcée, au moment de l'acte nécessaire, de la réalité du danger couru par le nécessité. On pourrait répondre qu'en pratique l'interdiction absolue de la légitime défense n'aurait pas de sérieux inconvénients, parce que l'assailli se croira le plus souvent injustement attaqué et que son erreur le protégera ; mais la non-imputabilité de l'acte illicite faussement cru licite est le sujet de vives controverses (von Liszt lui-même la nie). Seule donc, la proclamation d'un droit de nécessité permet d'interdire la légitime défense, sans dépasser les limites raisonnables.

V. Nous croyons qu'il est des cas où le législateur peut du reste, sans inconvénient, reconnaître ce droit ; Janka l'a nié, parce que « la loi, lorsqu'elle accorde un droit, doit déterminer d'une manière précise ses conditions d'existence » ; « tout droit — dit-il avec raison — demande à être fixé, la ligne séparative du juste et de l'injuste doit être nettement tracée. »[1] Mais il en est souvent ainsi en cas de nécessité, et c'est pour cela que les législations reconnaissent déjà de véritables droits de nécessité :

[1] Op. cit. p. 169. Cf. Binding, Handbuch, p. 763.

le droit de jet à la mer et celui de passage sur un terrain privé, lorsque la route est impraticable, notamment (v. p. 244 ci-dessus). Mais pourquoi n'en reconnaîtraient-elles pas d'autres? Il est deux groupes de cas que la loi peut désigner d'une manière précise [1] et dans lesquels il est juste d'exiger du lésé le sacrifice de son bien, en lui en interdisant la légitime défense : c'est quand l'acte est nécessaire au salut d'une vie humaine ou qu'il doit détourner un danger d'incendie, d'inondation ou d'autres graves atteintes à la propriété par des fléaux naturels, et que d'ailleurs il n'est que faiblement dommageable. Dans le premier cas, il s'agit d'un bien d'une valeur incomparable; dans le second, le lésé est ordinairement témoin du péril, souvent collectif, qui nécessite la lésion, de sorte que la légitime défense peut à bon droit lui être interdite. Dans tous deux, la loi précise suffisamment les conditions d'exercice du droit en exigeant que l'acte ne cause qu'un faible dommage, car, en pratique, il n'est pas difficile d'apprécier d'un coup d'œil ce que c'est qu'un faible dommage, en comparaison de la mort, dommage suprême, ou de la destruction de la propriété sur une grande échelle. En fait, l'acte ne sera le plus souvent qu'une atteinte à la propriété, mais pas toujours ; de même qu'inversément l'atteinte à la propriété peut être trop grave pour qu'on puisse donner le droit de l'infliger :

[1] Von Buri (op. cit. p. 435-6, 454) a proposé ce qu'on pourrait appeler le « critérium de l'agent de police ». Partant de l'idée qu'en prohibant la légitime défense, l'État demande à l'individu un sacrifice dans l'intérêt social, ce qui est vrai, il admet qu'où le représentant de l'État se croirait autorisé à infliger un dommage à l'un pour préserver l'autre — il enfoncera, par exemple, une vitre pour sauver un homme —, tout particulier, en son absence, doit y être autorisé. L'idée est originale; mais le critérium est mauvais, parce qu'il y a agent et agent, que la plupart redoutent de s'immiscer dans les affaires des particuliers, et ne prennent pas souci de conflits d'intérêts qu'ils considèrent comme privés. Puis la difficulté n'est que repoussée: quand l'agent *doit-il* se croire autorisé? Il faut finir par recourir au critérium de disproportion des biens en présence.

c'est pour cela que la loi ne doit point accorder à la vie un droit sur la propriété [1].

De ces considérations sont d'ailleurs exceptés les cas de conflits de devoirs, où il va de soi que le nécessité exerce un droit — en cas d'égalité des biens en conflit — ou accomplit un devoir — en cas d'inégalité —. Les restrictions pratiques précédemment exposées n'ont plus à jouer leur rôle quand l'État lui-même confie à un individu la sauvegarde de certains intérêts. Mais il est inutile que la loi fasse mention de ce droit de nécessité qui découle naturellement de l'existence des devoirs en présence.

VI. Nulle part ailleurs la loi ne peut déclarer juste l'acte nécessaire ; on découvrira sans peine des cas où notre conscience nous dit que c'est à bon droit que le nécessité a triomphé par la violence de la résistance d'autrui, mais ils ne sauraient être groupés en catégories ; c'est tout au plus si la loi pourra parfois, par des dispositions spéciales, reconnaître des droits de nécessité : ainsi au passage sur un terrain privé, — la certitude d'une réparation du préjudice atténue beaucoup alors la portée de l'atteinte à la propriété — ; ainsi à l'embryotomie (v. p. 244), — dont il serait bon d'exiger que la nécessité fût constatée par une consultation de spécialistes —. Quant à accorder un droit de nécessité toutes les fois que le bien en péril est de valeur supérieure au bien à sacrifier, le législateur ne peut songer à conférer un droit dans des termes aussi vagues. Il n'en est pas moins vrai qu'alors il juge l'acte digne d'approbation et d'autant plus digne que cette supériorité de valeur est plus grande ; mais ce jugement, il ne pourrait le porter qu'après la commission de l'acte, à la suite d'un attentif examen des faits. Traçant dans la loi pénale une règle de conduite, il ne peut pas

[1] Comme le voulait Wächter (sächs. Strafr., p. 361). Cf. l'art. 45 du code hessois, admettant dans ce seul cas l'intervention d'un tiers quelconque.

approuver un acte dont les effets sont essentiellement incertains ; il ne peut pas non plus le blâmer, parce que son auteur agit souvent dans l'intérêt social, toujours pour éviter un mal auquel la société n'a pas le droit d'exiger qu'il se soumette. La loi ne peut que déplorer comme un mal nécessaire le sacrifice de biens que protègent ordinairement ses commandements, par un individu qui ne saurait que rarement être certain de la nécessité et de l'efficacité de ce sacrifice.

D'après nous, donc, *l'acte nécessaire est dans la généralité des cas : aux yeux du législateur, un acte ni juste, ni injuste, qu'il ne permet, ni n'interdit ; aux yeux du juge, un acte dont la justice est en raison directe de la supériorité du mal qu'il a écarté sur le mal qu'il a causé.* Nous faisons de l'état de nécessité ce que la science française appelle un **fait justificatif.**

§ 5. L'ACTE NÉCESSAIRE COMME DÉLIT PAR IMPRUDENCE. DEGRÉS DANS LE CARACTÈRE DANGEREUX DE L'ACTE.[1]

I. Un braconnier guette le passage d'un garde-chasse, qu'il déteste, et le tue ; un chasseur tire imprudemment dans la direction d'une haie longeant un chemin et tue le garde-chasse qui passe derrière. Il y a un abîme entre la culpabilité de ces deux actes, l'un dolosif, l'autre simplement fautif. Supposons

[1] Les développements qui suivent nous ont été suggérés par l'article 145 de la Caroline et par le passage suivant du cours de M. le prof. Binding, à Leipzig, qui, dans une conversation particulière, nous fit lui-même remarquer qu'il touchait à la question de l'état de nécessité : il s'agit de l'imprudence ; elle n'est coupable, dicte Binding dans son résumé, que quand « *b*) der Thäter hatte, bei eingesehener Gefährlichkeit der eingetretenen Handlung, dieselbe unterlassen müssen. Nun fragt sich : Verpflichtet schon die erkennbare Möglichkeit eines schädlichen Ausgangs der Handlung zu ihrer Unterlassung ? Dies ist zu verneinen, denn selbst bei eingesehener Möglichkeit des schädlichen Erfolges kann die Handlung sehr häufig nicht

les commis en état de nécessité. Le danger de mort justifiant le plus grave, un danger moindre ne doit-il pas justifier l'autre? En d'autres termes : quel est le rôle justificatif de l'état de nécessité en matière d'imprudence ?

II. Il est nul en ce sens que l'élément caractéristique de l'acte nécessaire est sans relation avec celui de l'acte imprudent. Les criminalistes sont d'accord sur ce point, qu'il y a dol lorsque l'agent s'est représenté comme certaines ou possibles les conséquences illégales de son acte, faute lorsqu'il ne les a pas prévues ou en a cru la survenance impossible, distinction qui correspond à une diversité d'attitude du délinquant en face de la loi : dans le premier cas, il acquiesce à sa violation et rabaisse les droits qu'elle protège au rang de moyens à ses buts ; dans le second, on peut toujours se demander s'il l'aurait violée, eût-il prévu les suites illégales de son acte. Il n'est coupable que d'avoir agi sans songer à sa véritable portée ; nul ne doit agir qu'après examen des conséquences possibles de ses actions, obligation que nous impose la loi civile et dont les législateurs

unterbleiben : lässt sich doch bei der nöthigen Aengstlichkeit der Eintritt solcher Verletzungen infolge der harmlosesten Handlungen befürchten. Die Handlung braucht nicht zu unterbleiben und ist dann nie fahrlässig : *a*) wenn ein besonnener Mann jene Möglichkeit des schädlichen Erfolgs wegen der Ferne der Gefahr unberücksichtigt gelassen haben würde, d. h. wenn er geglaubt hätte die Verletzung träte nicht ein : wie dann. *b*) wenn ein besonnener Mann zwar die Gefahr als eine nahe erkannt hätte, allein *das rechtliche Interesse an der Vornahme der Handlung für bedeutender erachtet haben würde, als das rechtliche Interesse am Unterbleiben des Risiko* (navigare necesse est, vivere non necesse est). Mit dem rechtlichen Bedürfniss zur Vornahme der Handlung steigt das Risiko, das gelaufen werden muss. Der besonnene Mann aber, dessen Verhalten die Beurtheilungsnorm bilden soll, ist nicht der gewöhnliche Durchschnittsmensch, sondern ein Geistesgenosse des zu Beurtheilenden, versetzt gedacht in gleiche Situation, aber ausgestattet mit Besonnenheit. » La vraie place de ce passage — d'une partie au moins — est le chapitre concernant l'état de nécessité ; il ne s'agit pas d'imprudence, puisque l'agent a conscience des conséquences possibles de l'acte. — Cf. Binding, Handb. 777-8.

modernes tendent tous les jours davantage à assurer l'exécution par la sanction de la peine.

Or il est bien évident que l'agent n'est pas libéré de ce devoir parce qu'il est en présence d'un péril. L'état de nécessité ne peut donc justifier ce qui fait l'essence de la culpabilité de l'acte imprudent ; il ne peut qu'excuser cet acte, parce qu'il exige une promptitude d'action souvent exclusive de la réflexion, et que le péril trouble plus ou moins le sang-froid de l'agent, uniquement préoccupé de son salut, — effets qui peuvent être dus à bien d'autres circonstances. Il n'y a donc pas lieu de mettre l'état de nécessité au bénéfice d'une règle spéciale.

III. Mais une chose nous frappe. L'acte imprudent, dont l'essence réside dans la manière d'être de l'agent, présente généralement, objectivé, c'est-à-dire isolé de l'idée que s'en fait son auteur, un autre caractère : c'est un acte dangereux. Un couvreur jette des tuiles d'un toit, sans avoir placé dans la rue aucun écriteau avertisseur ; il assomme un passant. Depuis le toit, il ne voit pas la rue ; s'il avait vu l'homme passer, il n'aurait pas jeté la tuile. C'est généralement parce que les conséquences dommageables de l'acte ne sont pas évidentes, que l'agent n'y songe pas ; et l'acte dangereux est précisément celui dont les conséquences dommageables sont incertaines, lorsque cette incertitude devient une probabilité. Nous sommes donc amenés à nous poser cette question : un dommage ayant été causé par un nécessité, faut-il tenir compte du fait que sa survenance n'était pas certaine, mais seulement plus ou moins probable, improbable même, au moment de l'acte ; du fait que l'acte n'était que dangereux et du degré de ce danger ? Il en pourrait résulter l'impunité de l'acte nécessaire, quoique le mal évité soit moins considérable que le mal causé. Exemple : l'incendiaire d'une maison située loin de tout secours, emporte l'extincteur que possède le propriétaire ; celui-ci, usant de légitime défense, veut l'arrêter d'un coup de fusil, mais atteint et blesse gravement

une personne qui passe et dont il avait constaté la présence. L'incendiaire est du reste arrêté, l'extincteur repris et le feu éteint. — A cette question, il faut répondre oui. Prouvons-le par quelques considérations.

IV. Si l'homme était parfait, la loi ne punirait que les actes dommageables, parce que l'homme connaîtrait en agissant toutes les conséquences de ses actes ; mais, dans l'imperfection de son savoir, il est incapable d'affirmer de beaucoup d'actes qu'ils n'auront pas de suites dommageables. Ce sont les actes dangereux ; la loi, pour protéger efficacement les biens individuels et sociaux, les interdit simplement parce qu'ils *peuvent* causer un dommage et les punit même s'ils n'en ont causé aucun. Nos lois leur consacrent plus d'articles qu'aux autres (v. p. 251). Mais elles ne peuvent pourtant incriminer tous les actes dangereux ; la vie deviendrait impossible, car chacune de nos actions, venant troubler le cours des choses, a des milliers de conséquences dont il serait téméraire d'affirmer qu'elles ne seront pas dommageables ; le batelier n'est jamais certain qu'on ne se noiera pas dans le bateau qu'il loue, le cafetier, qu'un de ses hôtes, pris de vin, ne fera pas quelque mauvais coup, etc. Toute action humaine est dangereuse et, pour vivre, il faut que l'homme agisse. « Necesse est ut eam, non ut vivam », disait Bacon.

La loi n'incriminera donc que les actes dont le caractère dangereux atteint un certain degré. Et tantôt elle posera comme condition de la criminalité que l'acte ait, dans le cas concret, compromis un bien, c'est-à-dire qu'il ait été probable, lors de sa commission, qu'il en résulterait un certain mal — délaissement d'enfant, duel, entrave à un convoi sur un chemin de fer, etc. — ; tantôt elle le déclarera punissable, si inoffensif soit-il dans le cas particulier : ce sont les contraventions de police. On sait quel développement a pris au XIXe siècle cette partie de la législation pénale. On frappera d'une amende le cocher

qui a parcouru une rue au grand trot, alors même que la rue était déserte (Cass. 2 juin 1854, n° 180), ou qui a négligé d'allumer la lanterne de sa voiture quand la lune éclairait la route (Cass. 4 févr. 1860, n° 32).

Or il est des actes dangereux au plus haut point que la loi n'interdit ni ne punit, et la seule raison qu'on en puisse donner, c'est leur utilité sociale, leur nécessité même. L'État sait que, chaque année, les accidents de chemins de fer emporteront des centaines de vies ; ce serait folie que de le nier. Cela est plus vrai encore de la navigation en mer. Qu'on ne dise pas que chacun connaît le danger auquel il s'expose, lorsqu'il monte en wagon : ce danger est trop vague pour qu'on en tienne compte. De même nous passerons sous la fenêtre à laquelle nous avons vu un pot de fleurs, parce qu'il est infiniment peu probable qu'il tombe au moment exact de notre passage et sur notre tête ; ce n'est cependant que parce qu'il peut blesser un passant, que la loi interdit qu'on le place de la sorte. Si l'État reconnaît à l'homme le droit de se tuer, il le protège contre ses propres imprudences et le punit parfois de compromettre sa vie : il ne se contentera pas, par exemple, d'avertir les promeneurs qu'un chemin est dangereux, en apposant un écriteau à son entrée, il interdira d'y passer sous peine d'amende, et si quelqu'un y passe, sachant qu'il expose sa vie, il le punira. — Nous parlions des nécessités du transport ; ajoutons-y celles de la défense du pays : l'éducation du soldat entraîne des dangers multiples que l'État connaît ; les insolations, les suites de fatigues exagérées, les accidents divers, dans la cavalerie surtout, l'essai d'engins destructifs, de torpilleurs, etc., sont causes de morts nombreuses. Chaque année, un certain nombre de citoyens — la statistique montrerait peut-être la fixité relative de ce chiffre — sont sacrifiés, non pas au salut, mais à l'éventualité du salut de la patrie. De même dans la défense contre les fléaux naturels ; l'État lui-même organise les secours contre l'incendie et sait que,

pour sauver souvent de simples choses — des maisons — ; le pompier exposera sa vie ; il le désire même ; il ordonne des exercices préliminaires dangereux, ici aussi sacrifiant, au besoin, des vies à l'éventualité du salut d'autres vies (celles des incendiés). Et le flottage ! et la construction des clochers, des ponts, des routes de montagne ! Et l'exploitation des mines ! Et toutes les industries insalubres où l'ouvrier abrège sa vie de moitié ! Actes dangereux au premier chef que la loi approuve, qu'elle doit approuver, parce que le dommage qui en résulte est compensé, et au delà, par leur utilité sociale, qui va jusqu'à la nécessité [1].

V. Il est donc conforme aux principes suivis par le législateur de faire exception à la prohibition d'actes dangereux lorsqu'ils sont exigés par quelque nécessité sociale. L'allure rapide des chevaux, généralement interdite dans les villes de peur d'écrasements, c'est-à-dire pour la protection de la vie humaine, doit être permise aux pompiers amenant une pompe à chevaux sur le lieu de l'incendie, pour la même raison qui fait que la loi laisse les pompiers exposer leur vie pour le salut de la propriété. C'est toujours l'importance de l'intérêt en jeu qui motive la permission ; mais, dans le premier cas, l'acte dangereux est du reste interdit parce qu'il est ordinairement accompli dans des buts autres que celui de conservation des biens (allure rapide) ; tandis que dans le second, ce but de conservation y donnant

[1] C'est là la raison d'être des règles spéciales des nouvelles lois allemandes et suisses sur la responsabilité civile des chemins de fer et des entreprises dangereuses en général. Sans leur nécessité sociale, ces entreprises seraient interdites ; il est donc juste que ceux dans l'intérêt desquels elles sont autorisées réparent les maux inévitables qu'elles entraînent : en cas d'accident de chemin de fer, ce n'est pas, au fond, la compagnie qui paie, ce sont, grâce à l'augmentation du prix des transports, ceux qui utilisent le chemin de fer. — Ici aussi, l'état de nécessité a pour effet civil de donner le droit d'infliger un mal irréparable, sous condition de le réparer dans ce qu'il a de réparable.

seul lieu, la loi n'en peut méconnaître le caractère. L'intérêt en jeu dans l'incendie, c'est surtout un intérêt individuel ; nous avons fait observer qu'il n'est pas de biens individuels qui n'aient une valeur sociale, et que, d'autre part, l'intérêt social n'est composé que d'intérêts individuels. L'allure rapide doit donc être également permise toutes les fois qu'un intérêt grave est en jeu : un médecin, par exemple, doit arriver au plus tôt auprès de la victime d'un accident demandant des soins immédiats.

Et chacun n'est-il pas plus intéressé à l'omission d'un acte qui *compromet* la vie (l'allure rapide dans une rue populeuse) qu'à celle d'un acte qui *cause* un simple dommage pécuniaire? Indubitablement. Autorisant les actes dangereux, la loi doit donc autoriser les lésions réelles, pour autant que leur objet est un bien de moindre valeur que celui dont, dans les mêmes circonstances, elle autoriserait la compromission.

Nous voici encore arrivés, par une voie nouvelle, à la justification de l'acte nécessaire — au moins lorsqu'il sauve le plus grand de deux biens —. C'est que le principe qui est à la base de l'autorisation des actes dangereux n'est autre que celui du conflit d'intérêts ; nouvelle démonstration de la vérité de la théorie que nous défendons.

On voit d'ailleurs que la loi n'assimile pas le danger au dommage ; ce serait ridicule. Pour la conservation d'un bien de rang inférieur, elle admet la compromission de la vie ; ainsi des pompiers. Et inversément, elle approuve le dommage immédiat qui pare à l'éventualité d'un dommage plus grand, c'est-à-dire à un danger (prime d'assurance). Chacun de nous observe ces règles dans la gestion de ses affaires.

VI. L'application de ces principes est facile. L'état de nécessité, tel que l'ont compris tous les auteurs [1], comporte la certi-

[1] Cf. cependant von Buri, insistant sur le fait que la « présence du danger » est une notion relative (l. cit. p. 451). Le mot « présence » est inexact : cf. note suivante.

tude de la perte d'un bien en cas d'inaction, la certitude de la perte du bien d'autrui — et de la violation de la loi — en cas de commission de l'acte nécessaire. Cet état de choses est tout théorique ; dans la vie réelle, cette certitude ne sera jamais qu'une probabilité, dont le degré doit être pris en considération par le juge, parce que tout homme raisonnable, le législateur en particulier, en tient compte dans sa conduite. Ce n'est que lorsqu'un résultat illicite a été voulu pour lui-même que le juge doit faire abstraction du degré de probabilité de sa survenance au moment de l'acte : le délinquant ne s'est alors servi de moyens de l'efficacité desquels il doutait que parce que c'était les seuls dont il disposât et n'aurait que plus volontiers commis l'acte, s'ils eussent été plus efficaces. Lorsqu'au contraire le résultat illicite n'est voulu que comme pis-aller, ce qui est le cas dans l'état de nécessité, il est impossible d'affirmer que l'agent ne se serait pas abstenu de l'acte, si ses conséquences dommageables avaient été plus probables. — De ces considérations ressortent naturellement deux règles :

Les privilèges de la nécessité décroissent — ce qui signifie notamment que, pour qu'il y ait impunité, la valeur du bien de la conservation duquel il s'agit doit s'accroître — :

1° *en même temps que s'accroît la probabilité du résultat illicite de l'acte, lors de sa commission (le danger causé par l'acte) ; et vice versâ.* Exemples dans les cas où l'acte nécessaire a causé la mort (échelle descendante de probabilité) : Mignonnette ; je me fais un bouclier d'un tiers contre un agresseur ; j'échappe à celui-ci en jetant en bas d'un escalier élevé et raide quelqu'un qui barre le passage ; un pêcheur tombé à l'eau s'accroche à une embarcation chargée de promeneurs ; un touriste fuyant une chûte de pierres en fait rouler lui-même sur ses compagnons, placés au-dessous de lui. Si l'agent pourvoit à la conservation d'un bien autre que la vie, il sera condamné lorsqu'il était certain de causer la mort, mais point nécessairement

si l'acte ne faisait courir qu'un danger de mort : tirant sur un voleur qui m'emportait une somme d'argent considérable, j'ai tué un tiers. Dans des temps de troubles civils, des assassins menacent d'incendier ma maison, si je ne leur livre pas un homme qui s'est réfugié chez moi (Rossi) ; le livrer est coupable, certes. Mais si je lui donne des armes, un cheval, et exige de lui, en le menaçant de le livrer, qu'il essaie de la fuite? — De l'observation de cette règle résulte que l'acte sera généralement d'autant moins justifiable que le délit dont il prend la forme est plus sévèrement puni, parce que la loi tient compte, dans l'évaluation de la peine, de l'importance du danger que cause un acte ; c'est pour cela qu'une contravention sera facilement excusable, même si elle compromet la vie — d'autre part, dans les contraventions, le danger de l'exception à la loi (v. p. 269) est plus grand que partout ailleurs, ce qui est un motif de sévérité — ;

2° *en même temps que décroît la probabilité du mal à éviter*[1] ; *et vice versâ*. On pourrait établir une échelle analogue à la précédente ; dans les cas de menaces surtout, cette probabilité sera très variable, car l'instigateur n'a pas intérêt à leur exécution, du moment qu'elles ont manqué leur effet ; tout dépend de son caractère.

On ne saurait poser des règles plus précises. Seul le juge peut décider, en présence du cas particulier, si l'agent a sagement mis en balance mal et mal, danger et mal ou danger et danger. Mais la loi doit lui faire connaître le principe à appliquer, en lui recommandant d'apprécier l'acte d'après ses conséquences probables lors de sa commission et non d'après ses conséquences ultérieures. Il serait injuste qu'il comparât simplement le mal causé au mal évité.

[1] Il ne s'agit pas de présence du danger. Il se peut que le mal soit très improbable, mais que le danger soit présent, en ce sens que, s'il survient, ce sera immédiatement (Exemple du lion, p. 17).

VII. En cas d'imprudence — pour en revenir à notre point de départ —, avant d'examiner si l'agent pouvait prévoir les suites dommageables de son acte, le juge doit se demander s'il aurait dû l'omettre, en eût-il reconnu le caractère dangereux. L'ancienne doctrine semble l'avoir compris : dans l'appréciation de l'imprudence, elle fait jouer un rôle capital au fait que l'agent s'est trouvé dans la *nécessité d'agir,* qu'il était occupé à un *opus necessarium,* comme le dit déjà le droit canon (decr. Grat. dist. 4, c. 4) ; elle entend par là l'obligation de commettre un acte dont, à cause du mal qu'il peut causer, on devrait autrement s'abstenir, considération dont la valeur est la même qu'il s'agisse ou non d'un délit par imprudence. C'est sans doute en se plaçant à ce point de vue que Schwarzenberg, et après lui la Caroline, excusent l'homicide d'un tiers en cas de légitime défense (v. p. 120) ; décision dont on peut rapprocher ce passage de Jousse [1] : « Si une personne — dit-il —, voulant jeter une pierre contre un chien attrape un passant, il faut distinguer si cette personne avait été obligée de jeter cette pierre pour se défendre contre le chien et pour se sauver de ses morsures ou si elle ne s'était point trouvée dans cette nécessité. Dans le premier cas, c'est un homicide casuel, mais, dans le second, il devient punissable. » — Généralement, l'acte imprudent sera accompagné d'un danger moindre encore que les actes dolosifs dont nous avons parlé, pour cette raison que lorsqu'un individu ne songe pas au dommage que peut entraîner son action, c'est que la survenance en est peu probable. Aussi sera-t-il plus facilement justifiable.

On voit que la signification de l'état de nécessité en matière d'imprudence ne concerne que ce que l'acte imprudent a de commun avec beaucoup d'actes dolosifs — la plupart de ceux qui sont commis en état de nécessité —, son caractère d'acte

[1] Traité de la justice crim. 1771, III, partie IV, tit. 21, art. VII. 6°.

dangereux. Cette signification est tout objective ; ce n'est pas simplement la culpabilité de *l'agent* qui est atténuée ou effacée, c'est la nature intrinsèque de *l'acte* même qui se trouve modifiée.

§ 6. INTERVENTION DE TIERS [1]

I. L'individu en danger a été supposé jusqu'ici auteur de l'acte nécessaire ; la loi peut-elle admettre que d'autres interviennent dans le conflit de biens constitutif de l'état de nécessité ? En d'autres termes : qui d'autre peut-on considérer comme nécessité ?

Nulle part, la fantaisie individuelle ne s'est pareillement donnée carrière ; ce ne serait pas exagérer qu'évaluer à une centaine le nombre des opinions émises. Entre le refus absolu du droit d'intervention et sa concession absolue, à tous les tiers, en passant par cette grave déclaration de Tiraqueau que « la crainte excuse jusqu'au septième degré de parenté », et cette autre analogue du code allemand, que l'intervention est admise en faveur des « parents et alliés en ligne ascendante et descendante, des père, mère et enfants adoptifs ou nourriciers, des fiancés, des frères et sœurs et des époux des frères et sœurs » — mais pas des frères et sœurs des époux ! — on comprend qu'il y ait place pour bien des opinions. L'énumération en serait fastidieuse. Il suffira de montrer les conséquences des diverses théories.

II. Il n'y a que celle de Fichte qui ne puisse admettre l'impunité d'autres que l'individu en danger ; lui seul est en dehors du droit (Wächter). Celle du droit de nécessité, au contraire, met tous les tiers sur le même pied que lui ; ils exercent son droit. Ce serait aussi la conséquence de la théorie qui baserait

[1] V. surtout Janka, 256-63 ; Binding, Handb. 784-7, 766 ; Wächter, sächs. Strafr. 368-72, 389 ; Wessely, 26-34 ; Berner, Impun. 13-5, 19 ; Gillichewski, 24, 35-9 ; Breidenbach, 524-5, 529, 570, 575-7 ; Luden, Handb. 327-9, 305, Abhandl. 512.

l'impunité de l'acte nécessaire sur l'absence de dommage. Mais peut-on laisser impuni celui qui, voyant de la terre deux inconnus se disputer la planche fameuse, en tuerait un, par amusement (Schwarze) ? On ne peut permettre qu'un individu dispose à son gré de l'existence d'inconnus, sans motif; en interdisant son intervention, l'État ne protège pas l'un aux dépens de l'autre. — D'une manière générale, ceux qui argumentent de la nature intrinsèque de l'acte nécessaire n'ont pas à prendre en considération la personne de l'agent. Ce sont les partisans du conflit de biens, même adversaires du droit de nécessité, pour les cas où le bien sauvé est supérieur au bien sacrifié; ainsi Janka, von Buri, Hälschner, etc. — il faut excepter cependant Binding qui, illogique, repousse cette solution.

Tout autre est le résultat auquel conduisent les théories qui trouvent la signification de l'état de nécessité dans la pression que la crainte d'un mal exerce sur la volonté ou dans la nature du mobile qui guide l'agent, — théories de contrainte, de faiblesse humaine, de conservation, d'inutilité de la loi pénale, et théories doubles, en cas d'égalité des termes du conflit. Le péril qui menace un être cher est redouté à l'égal du danger personnel. Mais quels sont les êtres chers? Les codes en ont dressé des listes arbitraires, pensant avec Wächter, qu'ils ne pouvaient simplement accorder l'impunité aux *proches* de l'individu en danger, parce que ce terme est trop vague: « quand il s'agit de savoir dans quels cas on peut ou ne peut pas faire une chose impunément, il faut que celui qui veut agir légalement puisse connaître les limites tracées par la loi; » à quoi Berner répond en se moquant de ces « subtiles catalogi, quos in summa necessitate nemo evolvere potest ». Janka trouve une base plus solide dans son principe de conservation: il est d'autres que nous qui font pour ainsi dire partie de nous-mêmes, de sorte qu'on peut mettre leur conservation sur le même pied que notre conservation propre. Il y a là une idée

juste. Janka ne croit pouvoir admettre cette unité de personne qu'entre ascendants et descendants, frères et sœurs, époux ou fiancés ; appréciation discutable.

III. Les conséquences de nos principes sont faciles à tirer. Lorsque le tiers ne fait qu'assister le nécessité, son acte revêt le caractère de justice de l'acte de l'auteur principal, suivant les règles de la complicité. Lorsqu'il agit seul, la loi doit considérer son acte du même œil que celui de l'intéressé, si les biens en conflit sont inégaux, le motif d'exception à la loi résidant alors dans la nature du conflit, abstraction faite de l'agent ; en sacrifiant le bien inférieur, le tiers agit conformément à la justice et à l'intérêt social. En cas d'égalité des biens en présence, au contraire, comme c'est la considération du droit individuel de l'agent qui fait pencher la balance en sa faveur, on ne peut admettre l'intervention d'un tiers quelconque. Il faut l'identité de personne dont parlait Janka ; identité qu'on peut admettre lorsque l'agent serait prêt à se sacrifier lui-même à celui auquel il sacrifie une tierce-personne, entre amis intimes, entre ceux qu'attachent les liens de la reconnaissance, comme entre ascendants et descendants.

Enfin, la loi elle-même charge quelquefois l'individu de la sauvegarde d'intérêts — sociaux ou individuels — qui lui sont étrangers. L'intervention est alors un devoir pour lui s'ils peuvent être sauvegardés par le sacrifice d'autres intérêts dont la protection lui est également confiée : ainsi dans le jet à la mer, où le capitaine de vaisseau sacrifie la partie au tout ; ainsi le médecin, dans l'opération chirurgicale [1]. Si, au contraire, ils ne

[1] Même dans le cas d'embryotomie (v. p. 28), où il doit agir dans l'intérêt de l'enfant comme dans celui de la mère. Il se peut que, si l'opération césarienne offre de sérieuses chances de réussite, il doive la tenter. — Sur ce cas très discuté, v. Rotering, Goltdammer's Archiv XXX, 1882, S. 179-89, Binding. Handb. 803, Geib, 222, 225, Köstlin, Revision, 602-6, qui indiquent la bibliographie. Adde : Grotius, II, 2 § 6, n. 3, note, sur les anciens et Thomasius, l. c. n. 162.

peuvent l'être que par le sacrifice d'intérêts dont la sauvegarde ne lui est pas confiée, son acte revêt le caractère de l'acte nécessaire ordinaire, le plus souvent ni juste, ni injuste ; il est simplement mis sur le même pied qu'un intéressé : ainsi dans les cas cités p. 28 ci-dessus ; ainsi lorsqu'un délit est commis pour le salut d'une personne à la sûreté de laquelle l'agent doit veiller : il est gardien d'un fou, précepteur d'un enfant, ou gendarme chargé du transport d'un criminel, etc. On voit que le devoir résulte souvent de la fonction ou de la profession.

IV. La loi n'a pas à faire d'énumération limitative ; elle serait injuste, et dangereuse aussi, parce qu'il se peut que la personne sauvée soit même un père, un fils ou un frère et que, dans le cas particulier, le motif législatif d'impunité soit absent. Il est préférable que quand il n'y a pas disproportion entre le mal évité et le mal causé, cas où un simple sentiment d'humanité poussera le premier venu à intervenir, le juge s'assure lui-même de la présence du motif législatif par l'examen du mobile qui a guidé l'agent. Le simple bon sens l'empêchera d'absoudre quand il ne trouvera pas à l'acte une raison suffisante ; et il ne pourra pas plus la trouver dans le caprice que dans l'intention de nuire. Il suffit donc que la loi lui recommande de rechercher si c'est bien uniquement dans le but de sauver autrui qu'un mal, considéré comme un mal regrettable, mais nécessaire, a été infligé à un tiers.

§ 7. FACTEUR CONSTITUTIF DU DANGER ET CAUSE DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ (FAUTE DE L'AGENT)

I. Par facteur constitutif du danger, nous entendons désigner ce qui doit causer le mal que fuit le nécessité ; c'est tantôt l'acte d'un homme, tantôt une force naturelle, d'autres fois un animal, ou même une simple chose (v. p. 37-41). Y a-t-il lieu de soumettre les cas de nécessité à des règles différentes suivant la nature de ce facteur ?

La plupart des législations ont expressément distingué les cas où le danger réside dans les menaces d'un homme cherchant à contraindre l'agent à un délit. La raison d'être de cette distinction est purement historique. C'est surtout dans le cas de menaces, de l'examen duquel elle est du reste née, que la théorie de contrainte morale est plausible (v. p. 112 et 225); aussi les premiers codes de notre siècle, la théorie de contrainte étant alors en vogue, ne mentionnèrent-ils que ce cas. Plus tard, la lacune fut comblée, mais, par routine, on conserva l'article spécial qui concernait les menaces, assimilées à la contrainte physique; tantôt c'était l'un, et tantôt l'autre des groupes de cas de nécessité qui était soumis aux prescriptions les plus sévères, ce qui suffirait à montrer l'arbitraire de la distinction. Un certain nombre d'auteurs l'adoptèrent cependant, entraînés par l'exemple des législations et cherchèrent à la justifier, opinion universellement abandonnée aujourd'hui, en France comme en Allemagne. Et avec raison, les caractères spéciaux du cas de menaces étant sans relation avec le motif et les conditions d'impunité de l'acte nécessaire: qu'importe, par exemple, que, comme le dit Geib, l'instigateur indique au nécessité son moyen de salut, tandis qu'ailleurs il le trouve de lui-même? Sa part de responsabilité n'en est pas modifiée, la nécessité du moyen qu'il emploie étant toujours une condition d'impunité. Dira-t-on que, dans le cas de menaces, le nécessité se rend complice d'un délit? mais on peut y voir un motif d'indulgence aussi bien qu'un motif de sévérité: il y a au moins un coupable à punir; et si le nécessité ne se soumet pas, il y aura un délit commis sur sa personne. Que l'exécution des menaces est très incertaine parce que l'instigateur n'a pas d'intérêt à leur exécution? mais le juge tient toujours compte dans l'appréciation de l'acte nécessaire, du degré de certitude du mal que l'agent évite. Ce ne sont là que des considérations de détail. L'acte à juger est celui du nécessité; la source de son impunité,

quelle que soit la théorie adoptée, c'est l'imminence d'un mal injuste. Ce qui importe donc, c'est la nature de ce mal, non celle du facteur qui doit le causer.

II. Mais si le facteur qui doit causer le mal évité est indifférent, il n'en est pas de même de la *cause de l'état de nécessité* lui-même ; sauf de rares exceptions, criminalistes et codes sont d'accord pour donner une signification spéciale à la *faute de l'auteur de l'acte nécessaire* ou même, dans les cas d'intervention, à la faute de l'individu en danger : l'agent serait alors coupable. Mais les opinions divergent sur la question de savoir quand il y a faute et quel est le degré de culpabilité de l'agent.

III. A notre avis, la question a été généralement mal posée et toujours mal résolue [1]. On a suivi deux voies différentes.

Les uns [2] ont cru qu'en vertu des principes généraux de l'imputation, l'acte nécessaire pouvait être puni, en raison de la faute antérieure de l'agent. Voici l'exemple très clair que donne *Göb* : La scène se passe dans la cour intérieure d'une maison ; la seule issue en est une porte qui donne accès à un escalier élevé descendant dans un jardin ; la porte est ouverte et un enfant joue sur le seuil. Dans la cour est attaché un dogue énorme que je m'amuse à exciter, me rendant très bien compte que si, furieux, il brise sa chaîne et se jette sur moi, je ne pourrai échapper qu'en jetant en bas de l'escalier l'enfant qui barrera le passage, afin de fermer la porte derrière moi. C'est ce qui arrive ; l'enfant s'assomme. D'après nos auteurs, je suis coupable de dol ; je ne le serai que d'homicide par imprudence, si, en excitant le chien, je n'avais pas songé à ce qui pouvait en

[1] Sauf peut-être par le droit romain ; v. p. 76. Elle est bien posée par Luden, Gillichewski, Binding, Meyer, von Liszt.

[2] Wächter, Berner, Stammler, Janka et Göb, dans sa dissertation sur cette question, qu'il a mal comprise, selon nous ; dans la partie historique, erreurs p. 7 et 9 (v. p. 95 et 99 ci-dessus), 13 (répondant à Koch, Böhmer se place à son point de vue, sans l'adopter), 17 (Stryk ne distingue pas le dol et la faute).

résulter, et que j'eusse pu y songer (question de fait, que résoudra le juge). — Mais, ce qu'il s'agit de savoir, c'est si l'auteur est coupable d'avoir sacrifié l'enfant à son propre salut ; sa faute antérieure ne modifie pas la nature de l'acte nécessaire lui-même. C'est un principe élémentaire que la faute doit exister au moment même de la commission du délit (Binding, Normen, 202) ; que je sois punissable d'avoir excité le chien, c'est certain, si la loi fait de cet acte un délit ; que je sois responsable d'avoir imprudemment causé la mort de l'enfant, c'est encore une autre question, qui se poserait tout aussi bien si je réussissais à me dérober au chien sans faire de mal à personne, laissant exposé à sa dent l'enfant qu'il mettrait en pièces, ou un tiers, qui lui échapperait par le procédé qui a été décrit ; la question n'a donc rien à faire avec celle de l'appréciation de l'acte nécessaire. A supposer même que j'aie excité le chien dans le but de pouvoir, à la faveur de l'état de nécessité, tuer impunément l'enfant, si, au moment critique, je pourvois de bonne foi à mon salut, commettant, non un délit auquel le danger que je cours ne sert que de prétexte, mais un véritable acte nécessaire, cet acte est exactement ce qu'il serait sans ma faute.

Mais la plupart se placent sur un autre terrain : ils partent de l'idée que chacun doit supporter les conséquences de sa faute et ne pas en faire souffrir autrui. Les anciens auteurs déjà condamnaient celui que sa paresse ou sa prodigalité avaient réduit au vol ; autrement, dit Pufendorf, on donnerait « le droit à un vaurien de prendre aux autres de vive force les biens qu'ils ont acquis par leur industrie. » Pufendorf peut écrire ces mots : basant le droit de nécessité sur l'obligation du propriétaire de secourir le nécessité, il peut admettre que la faute de ce dernier libère le premier, qui doit lui répondre « ce que répond à la Cigale la Fourmi de la fable ». Mais les autres, et avec eux la plupart des écrivains et législateurs de notre siècle,

tombent dans d'insolubles contradictions : la faute première donne à l'individu le devoir de se sacrifier ; mais la violation de ce devoir par la commission de l'acte nécessaire doit être impunie pour la même raison que la violation du devoir qu'impose déjà la loi pénale : contrainte morale, faiblesse humaine, etc. Que si on admet un droit de nécessité, on oublie qu'il prend sa source dans des circonstances indépendantes de l'agent et que ne modifie pas sa faute : le droit absolu de la vie dont parlent les hégéliens, par exemple, ne perd rien de sa valeur absolue. Aussi Böhmer est-il logique au siècle dernier en refusant à la faute toute signification [1] « quum ergo naturam humanam exuisse dici nequeat qui deglutiendo patrimonium egestate premitur ; » il n'a pas été réfuté. Seuls, les partisans du conflit de biens pourraient soutenir que la faute antérieure fait disparaître le motif d'impunité, mais ils ne savent pas tirer à cet égard les conséquences de leur principe, — Binding cependant approche de la solution —; nous les tirerons plus loin.

Puis, que doit être cette faute ? Dans l'impossibilité d'en tirer la signification de la théorie d'impunité adoptée — qui commanderait de n'en tenir aucun compte —, on en est réduit à des déterminations arbitraires : on déclare sans hésiter que celui qui a amené l'état de nécessité pour pouvoir y commettre impunément un crime est punissable; pourquoi, on ne le dit pas. Evident quand la présence du danger n'influe point sur les déterminations de l'agent, ce ne l'est pas quand il pourvoit de bonne foi à son salut, malgré l'intention coupable passée. Dans les autres cas, divergence de vues : on comprend que si l'on exigeait que l'agent ne fût pas pour la moindre partie responsable de la survenance de l'état de nécessité, il serait toujours punissable. Aussi les codes exigent-ils le plus souvent que la faute

[1] De même Quistorp, Simon, Walch ; de nos jours Schröter (?), Temme, Geyer, Köstlin, Meyer, Liszt. Les codes que nous ne citons pas sont muets.

consiste en un délit [1] (Hesse, Bade, Hambourg; projet autrichien ; Saxe) : l'incendiaire, par exemple, ne pourrait échapper aux flammes en arrachant l'échelle de sauvetage à autrui. Mais, comme le fait observer Geyer (Nothstand, 82), « il mérite une peine pour l'incendie, et non pour tout ce qu'il fait, tandis que *in re illicita versatur*; il faudrait punir celui qui, devenu fou des suites d'un crime, tue un homme. » D'autres codes se contentent d'exiger que l'état de nécessité ne soit « pas fautif » (Hanovre, Brunswick, Allemagne, Suisse 1851, Thurgovie, Berne, Zurich) ; les commentateurs entendent par là que l'agent ne doit pas l'avoir prévu ni avoir pu le prévoir ; c'est la solution des partisans du premier point de vue, sauf qu'ici le nécessité est puni d'après la nature de sa faute au moment de l'acte nécessaire, non d'après celle de la faute antérieure. La solution peut sembler raisonnable, mais la contradiction avec la théorie d'impunité n'est pas écartée.

III. Il y a dans cette question de la faute deux questions absolument distinctes :

a. L'acte nécessaire doit-il être puni lorsque l'état de nécessité est dû à la faute de l'agent ou de l'individu en danger? Il faut se rappeler qu'on ne punit que les actes interdits. Or, en cas d'inégalité des biens en conflit, la loi ne peut, en raison de la faute de qui que ce soit, interdire l'acte nécessaire : ce n'est pas l'intérêt de l'agent, en effet, c'est l'intérêt social qui le commande alors. Quelles que soient les circonstances qui le nécessitent, sa raison d'être est la même ; la loi ne peut, ici plus qu'ailleurs, vouloir qu'une vie, par exemple, soit sacrifiée à un objet de faible valeur ou à l'exécution d'un devoir de peu d'importance. Doit-il être interdit à celui qui a imprudemment mis le feu à sa maison, de l'éteindre au prix d'un léger dommage à la propriété d'autrui ? C'est surtout dans les cas d'intervention que l'absur-

[1] Idée analogue chez von Buri, 452, et Rotering, 264-5, dont les distinctions sont du reste arbitraires.

dité d'une interdiction semblable saute aux yeux : j'ai étourdiment laissé du poison sur une table, dans un endroit où il y a des enfants ; doit-il m'être défendu de causer quelque dommage ou de commettre un délit d'inaction, si je ne puis autrement aller l'ôter de là ? Ne puis-je pas secourir un homme en détresse dans un chemin dangereux en violant le règlement qui en interdit le passage, parce qu'il l'a violé lui-même, sachant à quoi il s'exposait ? — Même solution [1] lorsque, les biens en présence étant égaux, l'agent a le devoir d'en sauvegarder un, ou tous les deux ; ici aussi ce n'est pas de son intérêt qu'il s'agit, et lui interdire l'acte en raison de sa faute serait ajouter un second mal au premier. Le devoir des pompiers est-il modifié par le fait que leur chef, qui a négligé de faire réparer une pompe en mauvais état, est cause qu'il n'en reste qu'une pour éteindre deux incendies ? Qu'importe que ce soit par la faute du gendarme qui conduit un voleur que celui-ci s'est échappé, s'il faut enfoncer une porte pour le rattraper !

Ce n'est que lorsque l'intérêt individuel de l'agent est seul en jeu, c'est-à-dire en cas d'égalité des biens en conflit — sauf les cas de devoir — que la faute doit être prise en considération. La loi peut alors exiger que l'individu se soumette au mal qu'il a amené par sa faute ; le motif de justification disparaît : ce n'est que parce que le mal qui le menace a été pour lui inévitable, que la loi ne demande pas qu'il s'y résigne plutôt que de causer à autrui un mal égal ; elle ne veut pas protéger l'un aux dépens de l'autre. En cas de faute de l'un, au contraire, elle ne peut plus les mettre sur le même pied. La vérité de cette solution apparaît surtout en cas de danger commun : des deux hommes qui luttent pour la planche, l'un a fait imprudemment chavirer l'embarcation qu'ils montaient ; ne doit-il pas lui être interdit de faire subir à l'autre, innocent, les conséquences de sa propre

[1] Ceci explique les contradictions de Binding, Handb. 778-9, 785 d, 788.

faute? — Ce n'est jamais que la faute de l'agent qui est prise en considération; ce n'est pas, en cas d'intervention en faveur d'un proche, celle de l'individu en danger, parce que la loi considère l'intervenant lui-même comme indirectement nécessité.

En quoi consiste cette faute? C'est un acte qui n'est fautif que parce qu'il a rendu nécessaire un mal que n'approuve point l'État. Il faut donc que l'auteur ait pu trouver une raison de s'en abstenir dans ses conséquences dommageables, c'est-à-dire qu'il ait prévu ou pu prévoir qu'il s'exposait à un mal inévitable ou qui ne pouvait être évité que par l'infliction à autrui d'un mal de même importance. Il n'est pas besoin qu'il ait pu prévoir l'acte nécessaire lui-même: le mauvais nageur qui s'aventure loin du bord, malgré des avertissements répétés est punissable si, à bout de forces, il s'accroche à une embarcation chargée de promeneurs et la fait chavirer, et que ceux qui la montaient se noient, bien qu'il ait simplement pu prévoir qu'il se noierait lui-même, et non qu'il trouverait un si extraordinaire moyen de salut; il n'est pas punissable si l'eau où il se baignait était sillonnée d'embarcations sur le secours desquels il pouvait compter.

b) L'individu par la faute duquel est survenu l'état de nécessité doit-il être puni pour ce fait? En réalité, les partisans du premier des points de vue combattus plus haut ne répondent qu'à cette question. Leur solution doit être acceptée de tous ceux qui déclarent l'acte nécessaire non-imputable, comme résultat d'une contrainte morale: instrument irresponsable d'une force extérieure, le nécessité est son propre instrument s'il a lui-même mis cette force en mouvement; il est responsable au même titre que celui qui se contraint physiquement à un délit d'inaction en s'enfermant dans une chambre dont il jette la clef par la fenêtre; c'est le principe de l'« actio ad libertatem relata ». Quant aux autres, ils ne peuvent l'accepter qu'en soutenant — point controversé — que le lien de causalité entre un acte et un résultat

extérieur n'est point interrompu par l'acte indépendant d'une volonté libre causant ce résultat. Puis, s'ils voient dans l'acte nécessaire l'exercice d'un droit, ils reconnaissent que ses effets dommageables sont licites, de sorte que personne ne peut être puni pour les avoir causés — l'objection s'adresse à Berner, Stammler et Göb —! Celui-là même est innocent qui contraint à un délit par des menaces! Ajoutons enfin que, tous, ils ne peuvent punir que celui qui a pu prévoir l'acte nécessaire lui-même — que ce soit, du reste, le nécessité ou une autre personne, ce qu'ils ne disent pas — ; si donc le baigneur de tout à l'heure était un promeneur, qu'un autre par imprudence eût fait tomber à l'eau, ce dernier ne pourrait pas être condamné pour homicide par imprudence. Il doit l'être, selon nous : il devrait l'être de l'avis de tous si la loi interdisait l'acte nécessaire et que le nécessité, agissant légalement, se résignât au mal qui le menace; peut-on admettre qu'il soit libéré parce que ce mal est évité, quand c'est par un autre mal qu'il est évité et que la loi ne permet qu'il le soit que parce qu'il est autrement inévitable? Certes non! Mais il ne doit être puni qu'en raison du mal qui était la suite vraiment inévitable du danger qu'il a fautivement amené, c'est-à-dire comme s'il avait causé le mal qui est la conséquence légale de l'état de nécessité ; il ne serait donc pas punissable, si celui qui se croit nécessité ne l'était point réellement ; et si le nécessité n'avait pas recouru au moins dommageable des moyens de salut, il ne serait punissable qu'en raison du mal que ce dernier avait le droit de causer. C'est donc d'avoir nécessité la perte d'un bien qu'il est puni. — Responsabilité que la loi doit expressément stipuler, parce qu'elle ne résulte pas des principes généraux en matière d'imputation.

§ 8. LA LÉGITIME DÉFENSE

On sait que la théorie de la légitime défense dépend de celle de l'état de nécessité, parce que l'état de légitime défense n'est

qu'un état de nécessité privilégié, conférant les mêmes prérogatives que tout état de nécessité et d'autres en outre. Il convient donc de tirer les conséquences de notre théorie de la nécessité en matière de légitime défense.

I. Notre distinction de la légitime défense et de l'état de nécessité doit d'abord être justifiée [1]; elle est seule possible si l'on reconnaît que l'acte de légitime défense a pour essence d'être un acte de défense du droit, ce qui est l'opinion commune et nous paraît d'une incontestable évidence. Ceux qui n'admettent de légitime défense que contre l'agresseur conscient de ses actes doivent : ou bien ne trouver la justification du mal infligé à l'agresseur que dans sa faute, qui le rend punissable (Geyer), et alors mille objections se présentent, dont la principale est la disproportion fréquente entre la peine dont la loi frappe la tentative de délit dont se rend coupable l'agresseur et le mal que lui inflige l'assailli ; ou bien soutenir que les commandements du droit ne s'adressent qu'aux volontés capables de les respecter, et que ce qui est l'œuvre d'une volonté humaine est seul contraire au droit (Janka), opinion généralement abandonnée aujourd'hui, parce qu'il est évident qu'en lui-même, indépendamment de ses causes, un état de choses peut être conforme ou contraire à la volonté de la loi ; ou bien, enfin, que la défense du droit ne présente qu'alors une signification, parce qu'alors seulement la société a intérêt à empêcher l'atteinte au droit par la lésion de ce qui va la causer : mais le droit doit lutter contre

[1] V. p. 35-43. Elle ne peut être déduite que des bases mêmes du droit de légitime défense. Aussi n'est-ce pas une solution que celle de *Sommerlad*, dans le long article qu'il consacre à cette question (Goltd. Archiv, 1886) ; il ne s'appuie que sur le texte du code allemand ! Du reste, il ne soupçonne pas (p. 358-9) le critérium très simple que nous proposons. Outre cet article, voir surtout Hälschner, System, p. 263-4 ; Janka, 33-9 ; von Buri, 470-2 ; Binding, Handb. 730-40, 760. — La distinction proposée par von Buri n'a aucune raison d'être juridique, si l'on n'exige pas que le danger ait été causé fautivement.

tous les facteurs qui tendent à troubler l'ordre de choses qu'il a pour objet d'établir. D'autres se contentent d'exiger que l'attaque soit l'œuvre d'une volonté (Binding); c'est donner une signification juridique à ce qui n'en a pas, la volonté de l'animal — il importe peu que, dans ses actes, l'animal poursuive des buts (Sommerlad), du moment que la loi ne se base pas là-dessus pour lui reconnaître des droits! — Quant à distinguer l'attaque du fou de celle de l'animal, il n'est pas de raison de le faire, étant donnée leur irresponsabilité à tous deux. On en vient donc nécessairement à admettre la légitime défense contre les choses; le dommage ainsi infligé à leur propriétaire peut du reste se justifier par cette idée, qui est à la base de la *pauperies* du droit romain, que chacun est responsable du dommage injuste causé par ses choses jusqu'à concurrence de leur perte. Aussi ne doit-il pas avoir droit à la réparation du préjudice, à la différence de celui que lèse l'acte nécessaire proprement dit. — Quant à la lésion de l'individu par la faute duquel est survenu l'état de nécessité, en cas d'égalité des biens en conflit, nous l'assimilons à la légitime défense parce qu'elle présente comme cette dernière un caractère de justice auquel l'acte nécessaire proprement dit ne peut prétendre en pareil cas; le bien de l'individu fautif devant être sacrifié au bien égal de l'innocent (v. p. 296), celui-ci ne fait, en lésant cet individu, que le contraindre à se soumettre à la volonté de la loi. C'est le cas dans toute légitime défense, lorsque l'agresseur est un homme. Il est d'ailleurs inutile que la loi proclame ce droit, qui découle de l'obligation qu'elle impose au lésé de se sacrifier.

II. Quelle doit être l'étendue des prérogatives que confère l'attaque injuste? Sauf en pays français, la science actuelle admet que l'attaque du moindre des biens justifie les mesures les plus graves contre l'agresseur. D'où des conséquences absurdes: j'aurais le droit de tuer le maraudeur qui m'emporte une pomme. L'absurdité est plus criante encore si l'on assimile l'at-

taque d'un incapable — fou, enfant ou victime d'une erreur[1] — à celle d'un homme conscient de l'injustice de son acte, ce qui est l'opinion commune aujourd'hui : on pourrait tuer le fou qui veut jeter un objet d'art par la fenêtre, l'enfant, heureux possesseur d'une allumette, qui va mettre le feu à une meule de foin, le somnambule qui, dans sa promenade nocturne dont le bruit a réveillé le propriétaire, va marcher sur une corbeille de fleurs ; nous pourrions multiplier les exemples. En pratique, cette reconnaissance d'un droit aussi exorbitant n'aurait peut-être pas de suites fâcheuses, aucun homme raisonnable ne se décidant à tuer pour si peu ; mais une théorie est-elle juste, qu'aucun homme raisonnable ne met en pratique?

Elle ne l'est pas, parce qu'elle contredit au principe même de la légitime défense. Le droit de défense dérivant, comme le droit de punir, de la nécessité sociale du droit, ne peut pas plus être illimité que le droit de punir. Nous avons vu que la peine étant un mal social, il n'y doit être recouru que lorsque l'impunité serait un mal plus grand encore, mal qui se mesure à l'intérêt social à la répression. De même, le mal fait à l'agresseur — que sa faute ne met pas hors la loi — ne doit être approuvé que s'il est moindre que celui qui résulterait d'une renonciation à la défense du droit : l'intérêt social à cette défense est plus grand lorsque l'agresseur est un criminel que lorsque c'est un fou, lorsque le mal qu'il doit causer est la mort que lorsque c'est la perte d'une pomme. Il y a donc dans la légitime défense conflit entre le bien individuel de l'agresseur et l'intérêt social à la défense du droit ; nous avons dit combien est délicate l'appréciation des conflits de cette nature. Aussi est-il impossible de tracer *a priori* des règles précises ; seul, le juge peut dire si l'assailli n'a pas dépassé les limites d'une défense raisonnable. Ces décisions varieront dans chaque pays ; un peuple de mœurs

[1] Binding, reculant devant les conséquences de son principe, voudrait que l'assailli essayât alors de la fuite : concession significative (Handb. 749).

sévères et respectueux des formes établies reconnaîtra un droit de défense plus étendu qu'un peuple de mœurs faciles et de caractère indulgent. De là, en partie, la profonde divergence qui sépare les criminalistes français et allemands : les premiers n'autorisent guère le meurtre de l'agresseur que pour la défense de la vie ; les seconds pour celle du bien le plus insignifiant ; les quelques voix qui se sont élevées contre cette « morale du meurtre » (Geyer, von Buri) sont restées sans écho.

Est-il donc impossible de délimiter l'étendue du droit de légitime défense ? Ce le serait, si l'état de légitime défense n'était un état de nécessité ; nous trouvons dans la théorie de l'état de nécessité la solution du problème. Si le mal fait à l'agresseur est moins grave ou de même gravité que le mal dont il menaçait l'assailli, il est inutile de recourir à l'argument de légitime défense, sinon pour expliquer le caractère particulier de justice que présente alors l'acte nécessaire ; si ce mal est plus considérable, ce n'est que l'excédent qui doit être compensé par l'intérêt social à la défense du droit. On peut dire que le point de vue du conflit de biens joue un rôle inverse dans l'état de nécessité et dans la légitime défense : dans l'état de nécessité, c'est la source même du droit ; dans la légitime défense, c'est le facteur restrictif qui tempère l'application rigoureuse du principe que tout droit attaqué peut et doit se défendre. Voici donc, selon nous, en quels termes la loi devrait reconnaître le droit de légitime défense :

« Il n'y a pas infraction lorsque l'acte a été commis en état de légitime défense et que le mal fait à l'agresseur n'est pas hors de toute proportion avec celui dont il allait se rendre auteur. »

§ 9. CONDITIONS D'IMPUNITÉ

Il nous faut préciser les conditions d'impunité de l'acte nécessaire, dont il n'a été jusqu'ici parlé que vaguement.

A. Injustice du mal évité. Il n'y a pas, aux yeux de la loi, conflit de biens, ni par conséquent état de nécessité, lorsqu'elle veut le sacrifice d'un des biens en présence. C'est le cas :

1° *Lorsqu'un mal est infligé par la volonté de la loi.* Ainsi le mal infligé à l'agresseur injuste, l'arrestation du délinquant, la peine ; seront donc punissables, par exemple : le détenu évadé qui vole des habits pour ne pas être reconnu dans sa casaque ; le voleur qui, sur le point d'être atteint, jette le corps du délit par-dessus le mur d'un enclos (475. 8°, C. P.) ; le délinquant qui désignerait au fonctionnaire qui va l'arrêter un parent comme visé par le mandat d'arrêt. Nos lois voient même une circonstance aggravante dans le fait que le meurtre a été commis pour assurer l'impunité d'un premier crime (304, C. P.) ; c'en doit être une atténuante aux yeux des partisans de la théorie de contrainte morale !

2° *Lorsque l'individu est astreint au devoir de se sacrifier*[1]. Ç'a toujours été le cas du *soldat* ; le salut de la patrie est l'intérêt suprême ; — disons en passant que tous les devoirs du soldat présentent une importance majeure et doivent l'emporter en cas de conflit avec d'autres —. C'est aussi le cas du *marin*, qui n'est là que pour le passager. Un jugement l'a formellement déclaré en Amérique, dans le célèbre procès Holmes, en 1841 : tout en reconnaissant que « la nécessité n'a pas de loi » et que l'homicide nécessaire d'un innocent n'est « pas même immoral », le juge condamna le matelot qui avait jeté à la mer quelques passagers, pour décharger une embarcation sur le point d'être engloutie ; les matelots — ils étaient 10 sur 42 personnes — devaient être sacrifiés de préférence, tant qu'il en restait assez pour la manœuvre. De même, l'article 5 du règlement de navi-

[1] V. surtout Marquardsen, l. cit. (sur le cas Holmes) ; Binding, Handb. 780-2, 784 b ; Rotering, 257-8, 261-2 ; Hälschner, deutsch. Strafr. 501-2 ; Janka, 254-6 ; Stammler, 71-3 ; Breidenbach, 536-8 ; déjà Stryk, cap. III, §§ 9-11. Sur le droit romain, v. p. 77. — Cf. p. 174, 186-7.

gation sur le lac Léman de 1887 dit que « le personnel du bateau ne doit chercher à se sauver que lorsqu'il a fait son possible pour mettre en sûreté les passagers. » En Allemagne, la loi (Seemannsordnung, § 30) est moins catégorique. — Le devoir du *guide* dans les montagnes est analogue à celui du marin.

L'individu peut-il être tenu de sacrifier sa vie au devoir que lui impose sa fonction, en l'absence de déclaration expresse de la loi ? Il est certain que tous ceux auxquels la loi confie la sauvegarde des intérêts d'autrui doivent quelque sacrifice à leur devoir et que plus est grand l'intérêt en jeu, plus doit s'élever ce sacrifice. Il semble donc que lorsque cet intérêt est un intérêt social majeur, l'individu doit aller jusqu'à sacrifier sa vie : ainsi le geôlier quand il s'agit d'empêcher l'évasion des détenus. Mais il faut ajouter que nul n'est tenu à un sacrifice inutile : le geôlier peut donc livrer les clefs si ceux qui lui mettent le pistolet sur la gorge doivent s'en emparer après l'avoir tué [1], non si elles sont en lieu sûr.

Lorsque l'intérêt en jeu est moins considérable, il y a, sinon obligation de se résigner à une perte certaine, du moins *devoir de s'exposer au danger*, dans des mesures variables : le gendarme chargé de l'arrestation d'un assassin doit plus que le pompier ; le conducteur de locomotive que le cocher, qui sera plus facilement excusé s'il saute de sa voiture en cas de danger.

B. Nécessité de l'acte. C'est cette nécessité qui met le bien sacrifié dans la dépendance du bien sauvé ; sans elle, pas de conflit. Pour que l'acte soit nécessaire, il faut :

[1] Un guide peut donc couper la corde à laquelle sont suspendus des touristes, s'il est incapable de les retenir et qu'il soit sur le point d'être entraîné lui-même. Dans l'accident survenu au Cervin, le 14 juillet 1865, lors de la 1re ascension, la corde ne fut pas coupée (v. Whymper, Escalades dans les Alpes, Paris, 1875, p. 395-404) ; mais peut-être avait-elle été choisie par le guide Pierre Taugwalder à cause de sa faiblesse, afin qu'elle se rompît en cas d'accident et qu'il ne fût pas entraîné, acte que rien ne peut justifier.

1° *Que le mal à éviter doive certainement survenir en cas d'inaction* (d'action, s'il s'agit d'un délit d'inaction). Mais nous avons vu qu'une certitude complète est presque impossible : aussi la loi, qui confère un droit à un individu, ne doit pas soumettre son exercice à des conditions auxquelles cet individu ne saurait satisfaire. Il appartient au juge de décider si l'agent s'est conduit raisonnablement. D'ailleurs, il peut être préférable de ne pas attendre que la survenance du mal soit certaine, parce qu'alors il serait impossible de le détourner — cas fréquent dans l'incendie —. Nous renvoyons le lecteur au § 6 ci-dessus.

2° *Qu'il n'y ait pas de moyen moins dommageable de l'éviter (absence d'excès dans la lésion).* L'affamé ne doit pas voler de quoi se nourrir une semaine. En cas d'attaque injuste, l'agresseur doit être lésé de préférence à un tiers, à moins qu'il n'y ait grande disproportion entre le mal à infliger à celui-ci et le mal qu'il faudrait infliger à l'agresseur. — Ce qui détermine le degré dommageable du moyen employé ce n'est d'ailleurs pas seulement le dommage matériel qui en résulte, c'est aussi la gravité du délit dont il prend la forme ; c'est pourquoi, par exemple, les naufragés devront, si tous y consentent, recourir au tirage au sort : le meurtre d'un consentant est moins grave que celui d'un non-consentant. — Faisons observer enfin que, lorsqu'il existe plusieurs moyens d'éloigner un danger, il y a conflit entre le bien à sauvegarder et le moindre des biens à sacrifier ; ainsi, si l'un de deux voyageurs traversant le désert possède seul des vivres et n'en veut vendre à l'autre qu'au prix de tout l'argent qu'il porte sur lui, ce sont leurs propriétés qui sont en conflit. Lorsqu'un affamé vole, alors qu'il n'aurait qu'à mendier, c'est sa fierté, non sa vie, qui était tombée en état de nécessité. Ces modifications du conflit sont fréquentes.

Les codes ont ordinairement exprimé cette condition en exigeant que l'acte soit commis « pour écarter un danger présent

(mieux : pressant) et autrement inévitable ». Il suffit de dire qu'il doit être l'*unique moyen* d'éviter le mal imminent.

C. Proportion du bien sauvegardé au bien sacrifié[1]. Il doit lui être au moins égal ; mais comment déterminer leur valeur relative ?

Il est certain que la société et les individus attachent une importance très diverse à la conservation des divers biens. « La loi pénale en est le prix courant », a justement dit Ihering ; l'élévation de la peine dont la loi frappe la lésion d'un bien est un indice certain de sa valeur aux yeux des hommes d'une époque et d'un pays donnés. Le meurtre est plus sévèrement puni que l'avortement ; celui-ci que la lésion corporelle ; celle-ci que l'injure ; le vol l'est d'autant plus qu'il est plus considérable. N'eussions-nous pas d'ailleurs à notre disposition le tarif des peines que notre sentiment nous serait un guide sûr, quand il s'agit de biens individuels ; mais il en est autrement quand il s'agit de biens sociaux, comme ceux que lèsent les délits qu'on dit dirigés contre l'État, contre l'ordre ou la foi publics, biens qui figureront surtout comme biens sacrifiés dans le conflit de la nécessité. Il semble donc que la loi pourrait donner au juge comme critérium de la valeur des biens l'élévation de la peine dont est frappée leur lésion.

Mais tout autre est la valeur générique d'un bien, fixée par la loi pénale, et sa valeur individuelle. Il est d'abord certains biens dont la valeur dépend essentiellement de l'idée que s'en fait l'individu ; ainsi l'honneur. Suivant la femme menacée de viol, le danger couru sera bagatelle ou danger suprême, au point que même le meurtre d'un innocent doive en être excusé ; l'État, qui par la reconnaissance du droit de nécessité respecte l'égoïsme en une juste mesure, ne peut ordonner à l'individu le sacrifice d'un bien qui pour lui, et personne ici ne l'en blâmera,

[1] V. surtout Binding, Handb. 761, 767-8, 783 ; von Buri, 447-50 ; Rotering, 256-7, 259-63 ; Garraud, Traité, 398-400.

est le premier de tous. D'ailleurs, en dehors de ces cas rares, le juge ne peut approuver ce qui n'est que fantaisie individuelle : l'avare n'a pas le droit de mettre ses écus au-dessus de la vie d'autrui. — Puis la valeur de tout bien dépend de sa relation avec son possesseur. Suivant la fortune d'un individu et les circonstances où il se trouve, dix francs peuvent être tout ou rien ; le petit doigt de la main gauche vaut plus pour un violoniste que la main entière pour bien des autres, etc. Cela est dans la nature des choses, et la loi qui autorise l'individu à se conserver ne peut en faire abstraction.

Ensuite, il faut tenir compte de la quantité de biens en présence ; bien que la loi pénale, par exemple, ne frappe pas d'une peine plus sévère l'assassinat de plusieurs personnes que celui d'une seule, ce dernier peut seul, en vertu de nos principes, être excusé par la conservation d'une seule vie ; — les partisans de la théorie de contrainte ou de faiblesse humaine en décideraient autrement.

Enfin, ce qui enlève presque toute portée pratique à une échelle des biens telle qu'avaient tenté de l'établir les premiers partisans de la théorie du conflit (v. p. 209), c'est le fait qu'à part la vie, qui ne peut qu' « être ou ne pas être » — et aussi l'honneur de la jeune fille —, tous les biens peuvent être lésés dans une mesure très diverse. Compare-t-on une égratignure à la perte d'un bras ? ce sont deux atteintes à l'intégrité corporelle. Le vol d'un million à celui d'un franc ? ce sont deux atteintes à la propriété. On comparerait plutôt le bras au million, et l'égratignure à la perte du franc. Le *degré dans la lésion du bien* doit donc être pris en considération.

Il ressort naturellement de ces observations que le seul critérium pour un juge de la proportion du **bien** sauvé au bien sacrifié est la proportion du **mal** évité au mal causé. C'est l'importance du mal résultant de la lésion d'un bien qui détermine sa valeur individuelle par opposition à sa valeur générique ; de

plus, le mot « mal » n'a rien d'absolu comme les termes désignant tel ou tel bien : il permet de comparer les divers biens et de considérer l'un de deux biens donnés tantôt comme inférieur, tantôt comme supérieur à l'autre ; et aussi de tenir compte du fait que plusieurs biens peuvent être à la fois menacés. Si le vent emporte mon chapeau dans un champ de blé, je songerai au refroidissement auquel sa perte m'expose, à la visite que je ne pourrai pas faire, aussi bien qu'au dommage pécuniaire.

Un indice de l'importance d'un mal est son irréparabilité ; la doctrine française actuelle y attache cependant trop d'importance — de même autrefois en Allemagne —. Il n'est pas de mal qui n'ait quelque chose d'irréparable, même l'atteinte à la propriété (v, p. 205, 272) et il se peut que l'irréparabilité d'un mal le fasse moins vivement sentir, parce que le lésé en prend son parti. D'ailleurs elle ne peut guère être établie qu'en présence du cas particulier, quand il ne s'agit pas de la mort ou de la perte d'un membre.

Rappelons enfin que, souvent, l'acte nécessaire ne cause pas un mal, mais un danger, c'est-à-dire qu'il rend plus ou moins probable la survenance d'un mal et que le juge doit tenir compte de cette circonstance (v. p. 284-5). On voit que la loi lui confie une appréciation délicate ; elle sera facilitée par le fait qu'il ne doit constater que l'égalité des termes du conflit, qu'il devra donc absoudre l'agent lorsqu'il jugera que le *mal causé n'est pas plus grand que le mal évité*, détermination négative bien autrement facile que la détermination positive à laquelle il serait contraint si la loi exigeait la supériorité du bien sauvé sur le bien sacrifié. [1]

[1] Y a-t-il supériorité en cas de danger commun (Mignonnette)? Plusieurs vies sont sauvées aux dépens d'une seule ; mais, tous les individus devant être mis sur le même pied, il y a conflit de biens égaux quand il s'agit de savoir qui sera sacrifié. Il n'y a conflit de biens inégaux que si le sacrifice est décidé en commun, comme mesure d'intérêt général et que chacun approuve le tirage au sort. Nos affirmations, p. 239, sont trop catégoriques.

D. Prétexte. Nous ne croyons pas que l'acte nécessaire doive rester impuni lorsque le danger couru par l'agent, quoique réel, n'a pas été le motif de l'acte, mais une simple occasion saisie avec empressement d'infliger un mal à autrui [1]. Le cas ne s'en présentera que lorsque le danger menace un bien de faible valeur — chacun tient trop à sa vie pour ne pas la sauver de bon cœur — et la société ne peut placer ce bien plus haut que son possesseur, qui le dédaigne, puisque sa conservation n'est pas le mobile qui le pousse. Nous avons vu que cette considération du mobile est décisive en matière d'intervention.

E. Effets de l'erreur [2]. Pour que l'acte nécessaire revête le caractère de justice que nous lui avons attribué, il faut la présence réelle des conditions énumérées. Qu'elles soient présentes et il importe peu que l'agent croie l'acte punissable ; la volonté d'un individu ne peut rendre interdit ce qui est permis. Il n'y a pas plus délit qu'il n'y a vol lorsqu'un homme soustrait sa propre chose. Le cas est tout autre que celui du prétexte, où l'agent sait que l'acte est permis.

S'il croit les conditions présentes sans qu'elles le soient réellement — il se figure que de vaines menaces seront exécutées, qu'il ne peut échapper à une attaque qu'aux dépens d'un tiers innocent, oubliant qu'il a un pistolet chargé dans sa poche, etc. —, l'acte reste injuste, mais l'agent est excusé par son erreur : complètement si elle était inévitable, étant donnés les circonstances spéciales du cas, l'individualité de l'agent, le trouble forcément causé par le danger, etc., du dol s'il pouvait l'éviter, et alors il sera puni pour imprudence, si dans le cas particulier le délit par imprudence est punissable. C'est la simple application des principes généraux en matière d'er-

[1] Cf. droit romain, p. 79 ; Hälschner, deutsches Strafrecht, p. 501.

[2] V. surtout *von Buri*, Ueber Irrthum in Hinsicht auf Nothwehr, Archiv für prakt. Rechtswiss., VIII, 1860, p. 441-74. — Théorie spéciale dans *Hertz*, Unrecht, p. 102-4.

reur, sur lesquels les criminalistes sont d'accord — sauf quelques exceptions (ainsi von Liszt) — ; principes dérivant, selon nous, de cette considération que lorsqu'un acte est cru juste, l'auteur n'en peut être détourné par la principale raison qui lui commanderait de s'en abstenir, son illégalité. — Mais si, commettant une double erreur, il croit les conditions présentes et, malgré cela, l'acte injuste, il n'est point excusé; en pratique, la seconde de ces erreurs sera difficile à établir.

Il ne faut pas confondre la question d'erreur avec la question de savoir comment doit être établie la présence des conditions d'impunité. Nous avons vu, d'un côté, que l'importance de certains biens ne pouvait être évaluée que par leur possesseur, de l'autre, que la nécessité de l'acte ne devait être déterminée que d'après l'état des choses au moment de l'acte ; il n'en résulte pas que l'agent puisse apprécier les choses à sa guise.

F. Il peut arriver que les **conditions d'impunité** soient **imparfaitement remplies** ; comme ce peut être le cas dans une mesure très diverse, il convient que la loi donne alors au juge le droit d'atténuer librement la peine. Dans la pratique, l'état de nécessité jouera très fréquemment le rôle d'une **circonstance atténuante.** Citons deux cas entre mille : un ouvrier sans ouvrage en obtient à la condition d'apporter des outils ; il les vole dans un chantier et travaille du reste comme le meilleur des ouvriers. L'abbé L., dans la misère, obtient une place de professeur à l'aide d'un diplôme prêté par un ami, dont il s'attribue le nom légèrement modifié. Le mal à éviter, c'étaient les privations de la misère ; mais c'est un mal très relatif, qui n'est guère que l'absence d'un bien, à laquelle tout homme s'habitue ; puis il est difficile de croire qu'un individu ne puisse trouver d'autre moyen de se procurer du travail que le faux ou le vol.

§ 10. CONCLUSION

Nous ne pouvons mieux conclure qu'en présentant sous forme d'*article de loi* le résultat de nos recherches ; cet article prendrait place dans le code pénal à la suite de celui qui consacre le droit de légitime défense :

« Il n'y a pas infraction lorsque l'agent s'est trouvé en état de nécessité, c'est-à-dire lorsque l'acte était l'unique moyen et a été commis dans le but [1] d'éviter un mal plus grave que celui qu'il causait, ou un mal de même gravité ; à condition, dans ce dernier cas, si l'acte n'a pas été commis en exécution d'un devoir, que l'état de nécessité n'ait pas été dû à la faute de l'agent [2]. »

« Le juge appréciera l'acte d'après ses conséquences probables lors de sa commission et non d'après ses conséquences ultérieures [3] ; lorsque les conditions d'impunité ne seront qu'imparfaitement remplies, il atténuera librement la peine [4]. »

« Est illégitime, la défense contre un acte nécessaire à la conservation d'une vie humaine ou sans lequel une propriété ne peut être préservée d'un incendie, d'une inondation ou d'autres calamités, lorsque cet acte ne cause qu'un faible dommage [5]. »

« Celui par la faute duquel est survenu l'état de nécessité est punissable, en raison de cette faute, comme s'il était l'auteur du mal que cette situation rendait inévitable [6]. »

[1] V. p. 290, 309.
[2] V. p. 295-6.
[3] V. p. 284-5.
[4] V. p. 310.
[5] V. p. 275-6.
[6] V. p. 297-8.

LISTE BIBLIOGRAPHIQUE

Les astérisques désignent les ouvrages les plus importants pour notre sujet ; nous n'avons pas eu en main ceux dont le nom d'auteur n'est pas en italique.

* *Abegg*. Untersuchungen aus... der Strafrechtswissenschaft, Breslau, 1830, S. 107-20, 89 ff., 340 ff. — Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, Neustadt, 1836, S. 166-9, 145 u. §§ 352-3.

Angelus Aretinus. De maleficiis, gl. et dictus Titius, Atholus, vestem celestem.

Bauer, A. Lehrbuch des Strafrechts, Göttingen, 1827, §§ 119,121 ; 2. A. 1833, §§ 127, 129. — Entwurf eines Strafgesetzb. f. Hannover u. Anmerkung. Gött. I, 1826, S. 538-40; II, 1828, S. 230-3.

Baumeister. Bemerkungen zur Strafgesetzgebung, Leipz., 1847, S. 87-100.

Bekker, Imm. Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, Leipzig, 1859, I, § 34, S. 552-5.

Belvisio. Aurea practica criminalis, l. 1 c. 8 n. 47-8.

* *Bentham*. Traités de législation civile et pénale, 2e éd. Paris, 1820, II, p. 40, 49-51, 139-40.

Berlich. Conclusionum practicabilium pars V, 1628, co. 48 num 40-7, co. 39 n. 10 ; pars IV, co. 18 n. 50.

** *Berner*. De Impunitate propter summam necessitatem proposita, Berol. 1861, 24 p. 4o. — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig, 1857, § 85 ; 14. A. 1886, §§ 57, 58 in pr.— Nothwehrtheorie (Archiv des Crim.-Rechts, 1848), S. 552-4.

Bertauld. Cours de Code pénal, 2e éd. 1859, p. 325-6, 316-7, 599.

Beseke. Versuch eines Entwurfs.... Dessau, 1783, S. 82-3, 116 (contrainte).

** *Binding*. Die Normen und ihre Uebertretung, II, 1878, S. 73, 83, 194, 201-4, 225, 259, 282 ff. ; I, 1872, S. 51 ff. — Grundriss zur Vorlesung über Strafrecht, 3. Aufl. 1884, § 81. — **Handbuch des Strafrechts, I, Leipzig, 1885, S. 754-88, 802-3, 732, 666-7, 312.

Blanche, A. Études pratiques sur le Code pénal, 2e Étude, Paris, 1864, nos 202-14, 3, 166-73.

* *Böhmer*. Meditationes in Carolinam, Halæ, 1770, art. 166, 175 § 2, 133 § 2. — Elementa, 1756, § 165.— Observat. ad Carpzov. qu. 28 obs. 2.

Boitard. Leçons sur le Code pénal, 2e éd. Paris, 1842, nos 174, 173 in f., 182.

Bonifacius de Vitalinis. De Maleficiis, tit. de fur. n. 29, de insultu 48, quid sit accus. 102, de damno 55, 70.

Bossius, Aeg. Practica et tractatus varii, tit. de fur., n. 52, de homic. n. 95.
Braun, J. Theorieen vom Nothstande, Diss. Jena, 1877.
* *Breidenbach.* Commentar über das hess. Strafgesetzbuch, I, Darmstadt, 1842, S. 522-38, 569-81.
** *von Buri.* Notstand und Notwehr, Gerichtssaal, XXX, 1878, S. 434-76 (trad. dans la Rivista penale, XIII, 1881).
Burlamaqui. Principes du droit naturel, Genève, 1747, ch. II § 12, XI 6, IV 9.
Cagnolus. De regulis juris, reg. quæ propter necessitatem, reg. velle non creditur.
Camerling. Conr. P. De vi et effectu necessitatis in jure, 1779.
Carmignani. Juris criminalis elementa, II, p. 130.
Carrara. Programme du cours de droit crim. trad. Baret, Paris, 1876, §§ 272-89, 295.
Carnot. Commentaire sur le Code pénal, nouv. éd. Brux. 1835, art. 64.
Carpzov. Practica nova imper. Saxon. rerum crim., Viteb. 1638, -pars II, qu. 83 n. 38-52; I, 29 n. 54, 17 n. 50, 91 n. 48.
Chauveau et Hélie. Théorie du Code pénal, 6e éd. annot. par *Villey*, Paris, 1887, p. 497-9, 548-51, 593-608; cf. éd. 1843, VI, p. 45 sv., 572 sv.
Clarus. Practica criminalis, § final. qu. 60 vers. solet dubitari, Quæro modo, § homic. vers. Adde quod, § furt. v. Quandoque etiam.
* *Covarruvias.* Tom. I relect cap. peccatum, de reg. jur. pars II § 1 n. 3-5; in 4 libr. Decretal. pars II, c. 3 § 4 n. 4-6.
Cremani. De jure criminali, Ticini, 1791, l. I, pars. I, c. 4; l. II c. 7 art. 1 § 4.
Damhouder. Praxis rerum criminalium, c. CX de furto, n. 37.
Decius. De regulis juris, reg. quæ propter necessitatem, reg. ejus vero nulla culpa est.
Dicastillo. De justitia et jure, l. II, tract. I disp. 10 dub. 11 n. 127-33, tr. II disp. 9 dub. 9 n. 247.
Dollmann. Strafgesetzbuch f. Bayern, Erlangen, 1862, S. 437 ff.
Engau. Elementa juris crim. ed. 6a, Ienæ, 1767, §§ 39, 166.
Farinacius. Praxis et theoricæ crimin. qu. 97 caus. 1 n. 11 sqq.
Feuerbach. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, §§ 92-8, 361: 14. Aufl. von *Mittermaier*, 1847, §§ 84-91, 321.
* *Fichte.* Grundlage des Naturrechts, Jena u. Leipz., II, 1797, S. 85-7.
* *Filangieri.* La science de la législation, trad., Paris an VII, t. IV, l. IV ch. 13, p. 156-66.
Forsman. Pakkotilasta kriminaali-oikeudessa, Helsingissä, 1874. 107 p.
Fritsch. Telum necessitatis, sive de præsidio necessitatis contra legem, 1661. Opusc. varia, t. II, pars III tract. 21, p. 386-400.
Gaill. Practicarum observationum lib. I, obs. 142 n. 8, 102 n. 8, 12-3.
Gandino. De Maleficiis, tit. de pœnis reorum, n. 60.
* *Garraud.* Précis de droit crim. Paris, 1881, nos 232-3, 275-9. — * Traité

théorique et pratique de droit pénal français, I, Paris, 1888, p. 321-3, 369-73, 393.

Geib. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I, Leipzig, 1861, § 90, S. 220-6.

* *Geyer.* * Zur Lehre vom Nothstand, Krit. Vierteljahrschrift, V, München, 1863, S. 63-83. — Erörterungen über den allgem. Thatbestand, Innsbruck, 1862, S. 113-6, 9-10. — Die Lehre von der Nothwehr, Jena, 1857, S. 4-8. — * Grundriss zu Vorlesungen über Strafrecht, I, München, 1884, S. 99-107. — Holtzendorff's Handbuch, IV, 1877, S. 91-4. — Holtzendorff's Rechtslexikon. II, 3. Aufl. 1881, v. Nothstand. — Holtzendorff's Encyklopädie, 2. Aufl. 1873, S. 670.

Gillichewski. Ueber Nothstand und Nothrecht, Diss. Greifswald, 1873. 51 S.

* *Glaser.* Abhandlungen aus dem österreich. Strafrecht, I, Wien, 1858, S. 109-24.

Globig u. Huster. Abhandlung von der Krim.-Gesetzgebung, Zürich, 1783, S. 137, 122, 132-3.

* *Göb.* Bemerkungen zur Lehre vom Nothstand, Diss. Erlangen, 1878, 37 S. (Goltdammer, Archiv, XXVIII, S. 183-93, unt. d. Titel: Die Behandlung des Nothstandes und insbes. die Verschuldung in Herbeiführung dess.).

* *Goltdammer.* Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten, I, Berlin, 1851, S. 370-5.

Grolman. Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, Giessen, 1798, §§ 256, 73, 75, 153. — 3. Aufl. 1818, 4. Aufl. 1825, §§ 21-3, 41, 138.

von Gros. Lehrbuch der philosoph. Rechtswissenschaft, 1802, §§ 41-2, 167; 6. Aufl. 1841, §§ 39-40.

* *Grotius.* De jure belli ac pacis, 1625. Voir p. 128 ci-dessus.

* *Hälschner.* Das preussische Strafrecht, II, System, Bonn, 1858, S. 271-80, 290, 263. — * Das gemeine deutsche Strafrecht, I, Bonn, 1881; S. 485-503, 520-1, 479-80.

* *Haus.* Principes généraux du droit pénal belge, 3e éd. I, Paris, 1885, nos 688-99, 614.

Heffter. Lehrbuch des gem. deutschen Strafrechts, 6. Aufl. Brunswick, 1857, §§ 40, 35 b.

* *Hegel.* Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin, 1833 (2. A.), § 127.

Hélie, Faustin. Pratique criminelle, II, Paris, 1877, p. 70, 74-8.

Henke. Handbuch des Criminalrechts, I, Berl. 1823, S. 205-6, 335-8, 291 ff.

Herrmann. Zur Beurtheilung des Entwurfs eines CrGB f. Sachsen, Leipzig, 1836, S. 144 ff.

* *Hertz.* Das Unrecht, I, Hamb. 1880, § 9, S. 94-105.

Hufnagel. Commentar über das Strafgesetzb. f. Würtemberg, 1840, S. 226-8.

Hye. Das österreich. Strafgesetzbuch, I, 1855, S. 192 ff.

* *Ihering.* Der Zweck im Recht, I, Leipzig, 1877, S. 424-31, 512-32, 16-8.

** *Janka.* ** Der strafrechtliche Notstand, Erlangen, 1878, VIII u. 264 S. — Das österreichische Strafrecht, Prag, 1884, S. 122-7, 109.

Jarcke. Handbuch des deutschen Strafrechts, I, Berl. 1827, §§ 25, 20.
Jenull. Das österreich. Criminalrecht, 2. Aufl. Grätz, 1820, S. 130-3, 146-8.
Jousse. Traité de la justice criminelle, Paris, 1771, tome IV, p. 256-7; III, 504, 507-8 et, plus loin, art. VII. 6°: III, 840.
* *Kant.* Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, (sämmtl. Werke hgg. v. Rosenkranz, IX), S. 37-40.
Klein. Grundsätze des peinlichen Rechts, Halle, 1796, §§ 124-5, 40, 435.
Kleinschrod. Systematische Entwickelung der Grundbegriffe des peinl. Rechts, 2. Aufl. Erlangen, 1799, S. 271-4, 119.
Koch. Institutiones juris criminalis, ed. 5a, Ienæ, 1779, §§ 174, 36-7.
* *Köstlin.* Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen, 1845, § 154. — System des deutschen Strafrechts, Tüb. 1855, §§ 37, 32 c, 61, Anm. 2.
* *Kress.* Commentatio succincta in C. C. C. V, Hanov. 1721, art. 166, 145.
Krug. Ideen zu einer... Strafgesetzgebung, Erlangen, 1857, S. 44 ff. 61.
Lainé. Traité élémentaire de droit criminel, Paris, 1881, p. 138-40, 145-9, 159-60.
Lasserre. Étude sur les cas de non-culpabilité, Paris, 1877.
* *Lehmann.* Ueber die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes, Ihering's Jahrbücher, XIII, S. 215-50.
Leonhardt. Commentar zum Hannov. Strafgesetzbuch, I, 1846, S. 362 ff.
Levita. Das Recht der Nothwehr, Giessen, 1856, S. 1-19, 185 ff.
* *Leyser.* Meditationes ad Pandectas, ed. 3a, Lips. 1746, v. VII, spec. 537.
Liszt. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. Aufl. Berl. u. Leipz. 1888, S. 140-4, 132, 136 Z. 9, 337 Z. 11. — Cf. 2. Aufl. 1884, S. 131-5.
Löning. Grundriss zu Vorlesungen üb. Strafrecht, Frankf. am M. 1885, §§ 25[4], 28[3] c, 29 b.
* *Luden.* Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht, Göttingen, 1840, S. 411, 500-12, 566-7. — Handbuch des teutschen Strafrechts, Jena, 1847, I, S. 304-10, 327-9.
Maichel. De Jure necessitatis, Tüb. 1742.
Marezoll. Das gemeine deutsche Criminalrecht, 3. Aufl. Leipz. 1856, S. 85, 92-4, 102. n° 3.
* *Marquardsen.* Die Lehre vom Nothstande, Archiv des Crim.-Rechts, 1857, S. 396-421.
Martin. Lehrbuch des teutschen gem. Criminalrechts, Heidelb. 1825 (2. A. 1829), §§ 32, 36, 40, 56.
Matthäus. De criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Dig. commentarius, 1644, ed. 5a, Antwerpiæ, 1711, Proleg. cap. I num. 12-3; lib. 48 tit. 18 c. 4 n. 14; l. 47 t. 1 c. 1 n. 7; l. 47 t. 3 c. 1 n. 4.
Menochius. De arbitriis judicum quæstionib. et causis, lib. II, cent. II, cas. 182, n. 27.
Merkel, Jul. In Weiske's Rechtslexikon, XII, Leipz. 1858, S. 128-9.

Meyer. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. A. Erlangen 1882, S. 305-14, 293-4, 240-1, 34. Cf. 4 A. 1888.
Mittermaier. Zu Feuerbach's Lehrbuch. 14. Aufl. 1847, §§ 91, 84, 36, 321.
Morstadt. Ausführlicher Commentar zu Feuerbach's Lehrbuch, Schaffh. 1855, §§ 91, 37.
Muyart de Vouglans, Institutes au droit criminel, Paris, 1757. p. 553, 555, 591 ; 393. 4°. 19° ; 11.
* Nettelbladt, Dan. De necessitate ejusque effectu in jure, Halæ, 1752.
* *Oersted*. Ueber das Nothrecht als ein einflussreiches Prinzip in der Strafrechtspflege, Neues Archiv des Crim.-Rechts, V, 1822, S. 345-74, 625-77.
* *Olshausen*. Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 2. A. Berl. 1886, §§ 52, 54.
Oppenhoff. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 10. Aufl. Berl. 1885, §§ 52, 54, 53. 9°, 303. 3°, 305. 9°, 361 n. 4. 27°.
* *Ortolan*. Eléments de droit pénal, 4e éd. Paris, 1875, I, p. 145-53.
* *Pufendorf*. De jure naturæ et gentium (1672), lib. II, cap. VI, de jure et favore necessitatis, (cf. II, 4 § 14) ; I 5 § 9, III 1 § 6.
Püttmann. Elementa juris criminalis, Lips. 1779, §§ 325, 450.
Quistorp. Grundsätze des peinl. Rechts, 3. Aufl. Rostock u. Leipz. 1783, §§ 374-6, 239.
Rauter. Traité du droit criminel, Paris, 1836, I, p. 150.
Renazzi. Elementa juris criminalis, Romæ, 1773, lib. I, cap. 8 § 7 ; II, 5 § 5 ; I, 3 § 10.
Rosshirt. Lehrbuch des Criminalrechts, Heidelb. 1821, §§ 16, 25-6. — Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts, Heid. 1828, S. 202, 190.
* *Rossi*. Traité de droit pénal, 1829, livre II, chap. 23.
** *Rotering*. Die eigene Gefahr als Schuldausschliessungsgrund. Goltdammer's Archiv, XXXI, Berl. 1883, S. 247-65.
Rousseau de la Combe. Traité des matières criminelles, 4e éd. 1751, p. 81.
Salchow. Lehrbuch des peinl. Rechts, 3. Aufl. Halle, 1823, §§ 77-81.
Sarrau de Boynet. Des excuses légales en droit pénal, Paris, 1875, p. 60-1, 9.
* *Schaper*. Holtzendorff's Handbuch, II, Berlin, 1871, S. 132-6, 138, 144. 169 ff.
Schott, Aug. L. De furto ex necessitate commisso, Tüb. 1772.
Schröder. Elementa juris natur. soc. et gentium, Groningæ, 1775, §§ 128-42.
Schröter. Handbuch des peinl. Rechts, I, Leipzig, 1818, §§ 103-6.
* *Schütze*. Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, Leipz. 1869, S. 294-9. — Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. A. Leipz. 1874, §§ 38, 80.
Schwarze. Kommentar zum Reichsstrafgesetzb., 5. A. Leipz. 1884, §§ 52, 54.
Simon. De ablatione rei alienæ in casu necessitatis, Ienæ, 1675.
Simonson. Der « Mignonette » Fall in England, Zeitschr. für die ges. Strafrechtswissenschaft, V, 1885, S. 367-88.
** *Stammler, Rud*. Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes, gekrönte Preisschrift, Erlangen, 1878. VIII, 82 S.

Struven, G. Ad. De facultate utendi rebus alterius in casu necessitatis, 1764.
* *Stryk.* De Jure necessitatis, vom Noth-Recht (1712). Operum vol. XII.
* *Temme.* Handbuch des preussischen Criminalrechts, Leipz. 1837, § 7 (contrainte).— * Lehrbuch des preussischen Strafrechts, Berl. 1853, S. 220-2, 154, 204-8, 212-3. — Lehrbuch des schweizerischen Strafr., Aarau, 1855, §§ 47, 50. — Lehrbuch des gem. deut. Strafr., Stuttg. 1876, §§ 51, 53.
Theodoric. Criminale collegium, Ienæ, 1618, disp. II, th. 8 h, III 1 f, X 4 l.
Thibaut. Beyträge zur Kritik der Feuerbach. Theorie, Hamb. 1802, S. 40-9.
Thilo. Strafgesetzbuch für Baden, Karlsruhe, 1845, §§ 81-2.
* *Thomasius.* Institutiones jurisprudentiæ divinæ (1688), ed. 3a, Halæ, 1702, lib. II, cap. II, §§ 123-68
* *Tiraquellus.* De pœnis temperandis aut etiam remittendis (Operum tom. VII, 1516), caus. XXXIII-XXXVI, LI n. 71.
Tittel. De eo quod licet secundum legem naturæ summa necessitate urgente, Ienæ, 1763.
Tittmann. Handbuch des gem. deutschen peinl. Rechts, I, Halle, 1806, § 97.
Trébutien. Cours élémentaire de droit criminel, Paris, 1854, I, p. 137 suiv.
Unger, Jos. Fr. De jure necessitatis, Wirceb. 1752.
Van der Veen. De jure, quod dicitur supremæ necessit., Groningæ, 1834.
Venema. De casu extremæ necessitatis (Carrara, § 284).
Wach. Der Widerstreit der Pflichten, Leipzig. Sans date. 24 p. 8°.
** *Wächter (K. G. von).* Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts, I, Stuttg. 1825, §§ 55-6, 68.—**Das sächsische und das thüring. Strafrecht, Stuttg. 1857, S. 356-91, 326-7, 321. — Deutsches Strafrecht, Leipz. 1881, §§ 56, 107. 6°.
Wagner, P. Tractatus juris qua regula: necessitas non habet legem — explicatur, Francof. et Lipsiæ, 1725.
Walch. De furto fame dominante facto (Opuscula, tom. III, Halæ, 1793, p. 280-305).
Weigand. Erörterungen der wichtigsten Lehren des Krim.-Rechts, Stuttg. 1836, S. 395-402.
* *Wenckebach.* Necessitas exlex, Ienæ, 1675. — Dissertation faussement attribuée à Pet. Homfeldt (v. p. 135 ci-dessus, à la note).
* *Wessely.* Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr, Prag, 1862, S. 1-34, 45-6, 51 ff.
Wildvogel. De furtis impropriis, 1714.
Wolff. Jus naturæ, VI, Halæ, 1746, §§ 521-626.
Zeiller. In welcher Art entschuldigt ein Nothfall, Wagner's Zeitschrift f. österr. Rechtsgelehrsamkeit, 1825, Wien, I, S. 103-10.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

AVANT-PROPOS. 1

INTRODUCTION

I. Les Exceptions à la loi pénale 5
II. Notion de l'état de nécessité 7
III. Le caractère propre de l'acte de légitime défense 31
IV. Source commune et distinction de la légitime défense et de l'état de nécessité 34
V. Le terme « état de nécessité » : la nécessité dans la vie de tous les jours 43

PREMIÈRE PARTIE

LÉGISLATIONS ET DOCTRINE DE L'ANTIQUITÉ AU XIXe SIÈCLE

Chap. I. Peuples anciens 51
» II. Droit romain. 55
» III. Droit germanique 81
» IV. Droit canon 88
§ 1. Les pénitentiels. 88
§ 2. Le corpus juris canonici. 92
» V. La doctrine au moyen âge 100
§ 1. Les canonistes et le vol nécessaire. La Bible. . . . 101
§ 2. Genèse de la théorie de contrainte basée sur le droit romain. 111
» VI. La Caroline et le droit commun 117
§ 1. Les articles 166 et 175. 118
§ 2. L'article 145 120
§ 3. Le vol nécessaire dans le droit commun allemand. 123

Pages

Chap. VII. Philosophes et jurisconsultes au XVIIe et au XVIIIe siècle. 127
§ 1. Grotius : théorie d'équité et de retour à l'état de nature 128
§ 2. Théories de conservation propre (Pufendorf, Thomasius, Wolff, etc). 132
§ 3. La théorie de contrainte morale; Matthäus . . . 139
Conclusion. Coup d'œil sur le XIXe siècle 143

DEUXIÈME PARTIE

EXPOSÉ HISTORIQUE ET CRITIQUE DES THÉORIES ET DE LA LÉGISLATION AU XIXe SIÈCLE

Chap. I. Théories subjectives ou de non-imputabilité 144
§ 1. Kant 144
§ 2. Feuerbach et sa théorie de non-imputabilité . . . 149
§ 3. La théorie des actions mixtes; contrainte et faiblesse humaine (école de Filangieri) 156
§ 4. Hegel et la liberté absolue; Herbart et la liberté relative 168
§ 5. Conclusion 172
» II. Théories mixtes. 176
§ 1. Faiblesse humaine 178
§ 2. Instinct de conservation. 189
» III. Théories objectives. 193
§ 1. Fichte et l'irrelevance juridique 193
§ 2. Théories du droit de nécessité. Hegel; la vie, droit absolu, et le conflit de droits. 197
§ 3. Suite. L'acte nécessaire, délit civil. 204
§ 4. Suite. Le droit de nécessité basé sur l'utilité et le conflit de biens 207
§ 5. Conclusion. 212
» IV. Théories d'inutilité de la loi pénale 213
§ 1. Impossibilité de l'intimidation. 214
§ 2. Inutilité de la prévention 216
§ 3. Insignifiance de l'acte nécessaire. 218
§ 4. Esquisse d'une théorie pénale. 221

Pages

Chap. V. Législations 224
§ 1. France, Autriche, Italie, Belgique, Pays-Bas, Russie. 226
§ 2. Angleterre, États-Unis 231
§ 3. Allemagne, Hongrie. Projets autrichien et russe. . 235
§ 4. Suisse 239
§ 5. Espagne 242
§ 6. Dispositions spéciales des diverses législations. . 243

TROISIÈME PARTIE

THÉORIE DE L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ

§ 1. La question. 248
§ 2. Les principes 252
§ 3. Restrictions pratiques 267
§ 4. La solution. Nature juridique de l'acte nécessaire 269
§ 5. L'acte nécessaire comme délit par imprudence. Degrés dans le caractère dangereux de l'acte 277
§ 6. Intervention de tiers 287
§ 7. Facteur constitutif du danger et cause de l'état de nécessité (faute de l'agent). 290
§ 8. La légitime défense 298
§ 9. Conditions d'impunité 302
§ 10. Conclusion. 311

Liste bibliographique 313

ERRATA

P. 12, l. 12, supprimez « Mais ».
P. 16, l. 10, lisez : « Des parents délaissent leurs enfants ».
P. 19, l. 2 d'en bas. Reportez « Code belge, art. 231 » en note au mot « fonctionnaire », ligne 4 d'en bas, au texte.
P. 24, avant-dernière ligne du texte, lisez : « ... § 4 ci-dessous ».
P. 29, l. 11 d'en bas, lisez : « les pompiers inonderont ».
P. 42, l. 9 d'en bas, lisez : « a fait » au lieu de « fait ».
P. 43, note 2, l. 4, lisez : « 4e éd. »
P. 54, dernière ligne du texte, lisez : « *ἀναγκαίων πλέον* ».
P. 55, l. 1, lisez : « la science ».
Ad p. 63-4, cf. Reichsgerichtsentscheidungen in Civilsachen, V, 1882, p. 160 sv.
P. 81, l. 1, lisez : « Chapitre III ».
P. 122, note 2, lisez : « num. 54 ».
P. 178, l. 16, lisez : « 122 », au lieu de « 124 ».
P. 212, l. 1, lisez : « § 5. Conclusion ».

1862 4

— 0

BINDING SEP 17 1970

K Moriaud, Paul
De la justification du
M8544D4 délit par l'état de nécessité

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 11 12 24 14 011 1